



IL DOLO TRA AFFETTO ED EFFETTO: ALBERTO DE SIMONI E LA SCIENZA PENALISTICA ITALIANA DELLA SECONDA METÀ DEL XVIII SECOLO

GIAN PAOLO DEMURO
Università di Sassari

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Il dolo nel pensiero illuministico. – 2. Il dolo nella dottrina penalistica italiana alla fine del XVIII secolo. – 2.1. L'eredità del diritto comune. – 2.2. Una prospettiva nuova: l'analisi degli istituti dal punto di vista sostanziale. – 2.3. Il contenuto volitivo del dolo. – 3. Alberto De Simoni. – 3.1. Il dolo tra affetto ed effetto. – 3.2. La colpa come sospetto di dolo. – 3.3. Il caso della moglie ghiottona: il grado di previsione nel dolo intenzionale. – 3.4. La prova del dolo. – Abstract.

Introduzione

La seconda parte del diciottesimo secolo rappresenta una fase essenziale nello svolgimento storico del concetto di dolo. Perde ormai vigore la tradizionale impostazione oggettivistica, legata alla originaria *Doctrina Bartoli* (è sufficiente per il dolo che la condotta illecita rechi in sé la tendenza all'evento) e che culmina nel *dolus indirectus* di Carpzov (sono ritenuti abbracciati indirettamente dal dolo non solo gli effetti considerati, ma anche, trattandosi di un fatto illecito, quelli non considerati ma che avrebbero potuto, o almeno dovuto, essere presi in considerazione). Tende allora ad affermarsi una effettiva dimensione psicologica, e in particolare volitiva. Tutto ciò si lega a sviluppi storico-sociali e politico-criminali, così come a nuovi influssi filosofici (in particolare della *Philosophia practica universalis* del 1739 di Christian Wolff).

I protagonisti di questa nuova fase sono in Italia i giuristi-filosofi dell'Illuminismo, ma anche nell'insegnamento universitario si avvertono i segni di un mutamento di prospettiva. Afferma uno storico del diritto, Ettore Dezza, con riferimento all'opera del criminalista Tommaso Nani, che «i giuristi italiani della fine del XVIII secolo sono immersi in cambiamenti che, coinvolgendo non solo il dato istituzionale ma anche la mentalità, i costumi e lo stesso modo di vivere, sono destinati a produrre una radicale trasformazione dell'intera società»[1]. Pur essendo tutti i giuristi dell'epoca in vario modo investiti dello spirito riformatore settecentesco, è opportuno distinguere i giuristi-penalisti dai giuristi-filosofi-politici che fanno della riforma del diritto penale un capitolo del loro pensiero filosofico e politico[2]. L'analisi dei primi – oggetto del nostro lavoro – ci dà un'idea del dolo come è studiato a quei tempi, vive nei tribunali e si propone al legislatore; l'analisi dei secondi non solo di ciò che è ma anche di ciò a cui si aspira in un contesto sociale rinnovato[3].

1. – Il dolo nel pensiero illuministico

Il pensiero giuridico illuministico viene celebrato soprattutto per le sue conquiste sul piano della certezza del diritto. In particolare nelle opere di Montesquieu e di Beccaria e poi di Feuerbach, si trovano le radici dell'idea della legge come strumento di tutela della libertà del cittadino dagli arbitri sia dei giudici che del potere esecutivo[4].

Le filosofie utilitaristiche dell'illuminismo rappresentano poi terreno culturale propizio per lo sviluppo delle teorie relative della pena, con il rifiuto di una metafisica della pena, l'ancoraggio di questa alla realtà sociale e la fiducia nelle possibilità di formazione pedagogico-sociale anche dell'uomo adulto. In particolare Cesare Beccaria (1738-1794) afferma la necessità dell'abbandono di prassi punitive disumane e di una riforma della giustizia penale nel senso della valorizzazione della pena come mezzo di prevenzione. Paul Johann Anselm Feuerbach sviluppa poi la funzione preventiva nel senso della prevenzione generale, sostenendo che con la minaccia

della pena si determina una costrizione psicologica all'astensione dai reati. Sarà infine von Liszt a teorizzare compiutamente lo svolgimento della funzione preventiva in senso speciale[5].

Le funzioni della pena influenzano la teoria della colpevolezza.

Proprio il collegamento con la funzione della pena è alla base della teoria psicologica del dolo di Feuerbach[6]. E sempre questa funzione condiziona in vario modo, a partire da Beccaria, le teorie della responsabilità dolosa nella dottrina italiana. E la porterà a conclusioni differenti da quelle di Feuerbach, in virtù di quell'eclettismo che si ritiene caratterizzi il pensiero giuridico illuminista[7].

Mentre è comune il riconoscimento a livello dottrinale e poi legislativo della personalità della responsabilità penale come rifiuto della responsabilità per fatto altrui, assai più variegate sono le opinioni in che cosa il fatto proprio debba consistere, se a esso si addica cioè una dimensione oggettiva o soggettiva.

Come è noto, Beccaria, in coerenza a una concezione del reato meramente utilitaristica, ripudia la tradizionale visione, di stampo romanistico, dell'elemento soggettivo come misura dell'illecito penale: «... *l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione, e però errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi gli commette*»[8]. La "misura" dei delitti è unicamente nel "danno della società" (§ VIII) e dunque il fine della pena «*non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini, e di rimuovere gli altri dal farne uguali*»[9]. Le pene dunque sono «*motivi sensibili ... che immediatamente percuotono i sensi e che di continuo si affacciano alla mente per controbilanciare le forti impressioni delle passioni parziali che si oppongono al bene universale*»[10].

Come sottolinea oggi Marinucci, «spostando l'accento di ciò che può meritare il nome di delitto dall'"intenzione" al "danno alla società", Beccaria forniva poi la "misura" primordiale – "l'unica e vera misura" – di un diritto penale liberale: non più un arnese da utilizzare per frugare e penetrare a forza nel "foro interno", bensì, innanzitutto, strumento di tutela della pace 'esteriore', dell'integrità dei beni individuali e collettivi»[11]. L'insegnamento di Beccaria sulla "vera misura" dei delitti trovo poi nel fondatore della scienza penalistica moderna, Feuerbach, il suo divulgatore e codificatore[12]. Lasciato il ruolo di fondamento della responsabilità, l'intenzione ovvero l'elemento soggettivo rappresentato ora dal "dolo", dalla "colpa grave" e dalla "colpa leggiera", decide unicamente del *grado della pena* da ricollegare alla "azione esterna socialmente dannosa"[13]. E tutto ciò si lega a quella esigenza di *proporzione* punto fermo nella commisurazione della pena, e presupposto perché la pena avvertita come giusta possa svolgere al meglio la sua finalità preventiva[14].

Il nesso tra finalità della pena e colpevolezza si iscrive in un'epoca storica nella quale si consumano i postulati del diritto comune in tema di dolo. Il terreno concettuale a disposizione è dunque assai ampio. L'eredità lasciata dalla dottrina del diritto comune in tema di elemento psicologico è infatti soprattutto di tipo pratico, una indicazione di regole di ascrizione del dolo da riferire in particolare ai delitti di sangue: può invece dirsi mancare fino a tutta la prima metà del XVIII secolo «la sicurezza e la chiarezza dei principi in ciò necessari per la giustizia»[15]. Alla base di tale mancanza: «la traslazione di regole proprie del Diritto civile nel campo di quello penale, sia quanto al dolo sia quanto alla determinazione dei gradi della colpa; le eccezioni per reati di natura politica e per quelli detti atroci; la varietà dei criteri pratici per determinare la natura del reato; l'arbitrio dominante; la diversità delle consuetudini e delle leggi particolari, che dovevano concordarsi col diritto comune; anche la influenza, non sempre tenuta nei dovuti confini, dei concetti religiosi»[16]. È dunque ora necessario enucleare i principi fondamentali intorno ai quali costruire, con rigore scientifico, una dottrina sistematica degli elementi del reato, in particolare della componente psichica, che più di ogni altra presta il fianco all'arbitrio dell'interprete[17].

Mentre nella dottrina tedesca motivo conduttore è l'analisi e il superamento della teoria del *dolus indirectus*, con l'utilizzo di strumenti di tipo concettuale (il *dolus eventualis*) e processuale (la *allgemeine praesumptio doli*), il corso della dottrina italiana dello stesso periodo è differente. Non che lo scambio culturale tra le due dottrine non ci sia, soprattutto finché la lingua scientifica comune rimane il latino: anzi, in particolare le *Observationes selectae ad Benedictus Carpzovi* di von Böhmer sono un riferimento costante nelle università e nelle opere scientifiche (anche italiane), così come lo è l'opera di recupero, in funzione garantista, della tradizione classica compiuta dal giurista tedesco-olandese Anton Matthes nel suo *De criminibus*[18].

Limitando l'analisi all'oggetto della nostra indagine, i criminalisti italiani della seconda parte del XVIII secolo procedono a un riordino del concetto e delle varie forme di dolo così come risultanti dalla dottrina italiana del diritto comune e attingendo ancora alle fonti romane e alla filosofia greca, in particolare all'*Etica Nicomachea* di Aristotele[19]. Mentre in passato

l'allargamento della sfera del dolo intenzionale era, spesso, volta a punire con la più grave *poena ordinaria* condotte non strettamente riconducibili a tale forma intensiva di dolo, con i giuristi italiani della seconda metà del '700, a partire da Filangieri e De Simoni, le varie sequenze di intensità del dolo (e più in generale delle diverse forme di colpevolezza) rispondono alla logica di differenziare la responsabilità e dunque la sanzione. E ciò per rispetto dell'individuo singolo e per evitare arbitrii da parte del giudice.

Per il dolo intenzionale è oggi irrilevante il grado di probabilità o possibilità che l'agente ha attribuito al realizzarsi del suo obiettivo. Il possibile concorso di cause, il fatto cioè che il fine programmato non sia conseguenza certa e immediata della propria condotta, motiva invece, allora, un diverso grado di imputazione soggettiva: una tendenza instaurata da De Simoni, che in vario modo influenzerà Pagano e Carmignani, e che sarà invertita, fino a corrispondere a quella di oggi, da Carrara.

Con la decadenza dei sistemi di prova legale, strettamente raccordati con la confessione e la tortura, il problema della prova del dolo, come degli altri elementi del reato, è ben avvertito, ma esso non porta ad allargarne il concetto o a fornirne presunzioni processuali, quanto piuttosto a sviluppare una teoria degli indizi, e più in generale della stessa struttura del sistema probatorio, che occupa ampi spazi al fianco delle (e non più immedesimato nelle) stesse opere istituzionali sul diritto criminale: basti pensare alle *Animadversiones ad criminalem jurisprudentiam pertinentes* di Paolo Risi, al *De indiciis eorumque usu in cognoscendis criminibus* di Tommaso Nani e alla *Logica de' probabili* di Mario Pagano; ma anche alla monografia di Alberto de Simoni *Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati*. Lo studio della natura e della struttura del dolo avviene nella fase denominata comunemente, dalla gran parte dei criminalisti, della "imputabilità", mentre l'accertamento appartiene alla fase, distinta ma collegata, della "imputazione". Nella fase della "imputabilità", la nostra colpevolezza, i giuristi italiani di allora comprendono lo studio, spesso indifferenziato, oltre che del dolo e della colpa, anche di quelle che noi oggi identifichiamo e come *suitas* (coscienza e volontà dell'azione od omissione) e propriamente come imputabilità (capacità di intendere e di volere ex art. 85 c.p.). L'essenza della "imputabilità" è la "volontarietà": tutto ciò che pertiene a essa – sia per fondarla che per escluderla – rientra in questa fase. Anche alla *colpa* inerisce un profilo di *volontarietà*; inoltre la *ratio* della sua punizione è ravvisata, secondo una tradizione che va da De Simoni a Carmignani e a cui porrà fine Carrara, nel *sospetto di dolo*.

Nell'oggetto del dolo rientra anche la *violazione della legge*. Abbiamo visto come con Feuerbach la conoscenza della legge penale fosse funzionale al meccanismo della imputazione soggettiva peculiare del giurista tedesco. Ma il collegamento psichico con la legge non è proprio solo di chi attribuisce alla pena una finalità generalpreventiva ma anche di chi riconosce in essa una funzione retributiva. Si è osservato, infatti, che la scienza giuridica dell'ottocento non riesce a svincolarsi da una concezione del dolo fondata su uno stretto collegamento tra funzione retributiva della pena e "volontà ribelle" espressa nella singola manifestazione criminosa[20]: la pena deve tendere alla riaffermazione del diritto, colpendo la volontà ribelle in base al grado e alla intensità dell'intenzione criminosa[21]. Il riferimento alla volontà contraria alla legge era tradizionale nei giuristi italiani del diritto comune, in ossequio al concetto di dolo romanistico per cui era necessaria "*ein unmittelbares Wollen der Rechtswidrigkeit*"[22]. Adesso però si fonda non solo su ciò ma anche sull'etica dell'intenzione teorizzata da Kant[23], secondo il quale cioè l'etica non richiede una asettica conformità al dovere, quanto piuttosto la convinzione interiore che è giusto fare ciò che la legge comanda (e il giudizio etico si basa alla fine sul valore delle intenzioni, indipendentemente dal risultato che esse producono nel mondo). Mentre poi nel diritto comune la violazione della legge si accoppiava pressoché immancabilmente alla "volontà malvagia" dell'autore del reato, data l'assoluta preponderanza dei delitti c.d. naturali (e in particolare di quelli contro la persona, il patrimonio e l'autorità), e rappresentava in definitiva un tutt'uno con il rimprovero morale[24], ora, a partire dalla seconda metà del settecento si inizia ad avvertire il disagio del mantenimento del dogma dell'assoluta inescusabilità della legge penale, a causa dell'estensione del numero delle fattispecie penali, dell'attribuzione di rilevanza penale al delitto colposo e del manifestarsi, ben più frequente, delle figure di reato omissivo. Da parte di alcuni autori – in particolare Mario Pagano[25] – la coscienza dell'antigiuridicità si pone al di fuori del dolo e si distingue il rimprovero in base al tipo di leggi violate e dunque alla possibilità di conoscenza di esse[26]: questa impostazione non è solo aspirazione dottrinale ma trova accoglimento nella codificazione penale napoletana del 1808.

L'impostazione volontaristica avrebbe dovuto guidare anche la soluzione nel senso della colpevolezza della disciplina degli effetti ulteriori non voluti di una condotta dolosa, ipotesi centrale del dolo nel diritto comune. Ebbene, qui le soluzioni sono variegate: si ricorre al

concetto tutt'altro che nuovo di prevedibilità o si ammette senz'altro l'imputazione dell'evento più grave, bastando la volontà della condotta-base illecita. Così accade anche nelle codificazioni: il codice napoletano del 1808 stabilisce l'imputazione a titolo di dolo del fatto, a condizione che fosse possibile prevedere l'effetto ulteriore; il codice delle due Sicilie ammette una forma di imputazione meramente oggettiva[27]. Si è rilevato che non poche codificazioni penali, a partire dai primi decenni dell'Ottocento, hanno rinunciato sì a qualificare espressamente come doloso l'effetto ulteriore non voluto, ma al contempo hanno ommesso di indicare la necessità di un qualche coefficiente psicologico rispetto a questo più grave effetto. In tutto ciò vi è un regresso storico: si abbandona il *dolus indirectus* e si lascia il campo al *versari in re illicita* (alla mera responsabilità oggettiva)[28].

2. – Il dolo nella dottrina penalistica italiana alla fine del XVIII secolo

2.1. – L'eredità del diritto comune

Oggi i reati 'a formazione giudiziaria', definiti «tristi simulacri della legalità trasmigranti dall'antica congerie dei *nomina delicti* e cioè reati sprovvisti di un *corpus* e rimessi ad un incontrollabile apprezzamento giudiziario»[29], sono indicati come il segno tangibile della crisi che investe il dogma della strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale[30]. Fattispecie sostanziali concepite in vista del procedimento per accertarle, delle prove, delle facoltà del giudice, erano invece i cardini del diritto penale 'a dimensione processuale' tra il XIII e il XVI secolo[31].

La giustizia penale veniva composta dai giuristi nelle *practicae*, un intricato ma ingegnoso sistema, utile per i giudici e produttivo, nel tempo, di un diritto penale nuovo. Il sistema era ispirato alle seguenti linee metodologiche: «centralità del processo e del giudice, diritto penale misurato sulla tela giudiziaria, fattispecie costruite intorno ai modi di provarle, categorie penali (imputabilità, responsabilità penale, rapporto di causalità, colpevolezza, circostanze, tentativo, concorso, ecc.) elaborate a partire dalla commisurazione delle pene»[32]. Le *practicae criminales* servivano a legittimare la procedura e dettavano al giudice la decisione davanti alla infinita varietà di casi che gli si presentano. L'utilità della pratica è bene espressa nelle parole di Ippolito Marsili: «*Parum prodest habere theoricam ipsarum causarum criminalium sine practica*». Il giurista del tempo fondeva allora scienza ed esperienza in un'opera sola, destinata agli *artifices iustitiae*: il modello divenne per tutti il *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino. Ne derivò quella che Sbriccoli definisce "una sorta di ordito", composto da prassi processuali e percorsi giudiziari, sul quale ordito si dispone una trama di figure delittuose intricate a esso con una fittissima rete di casi, fattispecie, circostanze; di definizioni, principi giuridici, massime e opinioni comuni, *quaestiones et dubia*; di tipologie indiziarie, modi e gradi di prova, tecniche di escussione, modelli e formule di procedimenti, di interrogatori, di sentenze. Il tutto con lo scopo di misurare su ogni singola figura l'*an*, il *quomodo* e il *quantum* della pena da applicare[33]. E' un diritto penale 'casistico', che segue un modello logico-giuridico di derivazione scolastica perfettamente aderente alle caratteristiche di un'esperienza giuridica per nulla abituata a ragionare secondo schemi astratti: spesso le singole circostanze di realizzazione dell'illecito erano criteri di identificazione di un delitto. Obiettivo principale, se non unico, delle *practicae* era quello di fornire esempi, offrendo soluzioni per le future controversie[34].

Le *practicae* erano sì orientate al processo, "pensate per i giudici", ma contenevano *in nuce* principi e dogmi di diritto penale sostanziale[35]. Il diritto penale che emergeva nelle *practicae* rappresentò la base di avvio per prassi ulteriori, costruendo un diritto penale sostanziale che mostrasse la *regula recti* a un potere di punire naturalmente tentato dall'abuso. La scienza penalistica, legata alle fonti romanistiche e statutarie, fedele al metodo analitico, mancava della capacità di sintesi e soprattutto non sentiva la necessità di riunire i singoli elementi in un sistema chiaro, deduttivo, basato su criteri generali e astratti applicabili in tutti i casi[36].

Le forme di allargamento del concetto di dolo rispetto alla base intenzionale di origine romanistica nacquero dunque in un sistema casistico, si ponevano cioè come criteri di accertamento (come *regole di ascrizione* di esso in sede processuale) e solo il loro consolidarsi nella pratica gli attribuì alla fine natura sostanziale. Struttura e accertamento del dolo divennero realtà interdipendenti, quando non la stessa cosa[37].

2.2. – Una prospettiva nuova: l'analisi degli istituti dal punto di vista sostanziale

Già nella seconda metà del Cinquecento affiorano i primi segnali di un approccio nuovo al diritto penale[38]. Ora la scienza penalistica inizia a concentrarsi sul diritto penale sostanziale, analizzando istituti, elementi e delitti in modo separato e autonomo dal loro ruolo processuale. Accanto all'esigenza politica di superare lo stile casistico, la dottrina segnala, quali ragioni di questo cambiamento, le influenze metodologiche della scuola umanistica, i nuovi stili della didattica e la conseguente comparsa di una letteratura penalistica che, commentando passi giustinianeî, focalizza l'attenzione sui temi sostanziali[39]. Si creano così presupposti e condizioni per la separazione del diritto penale materiale da quello processuale, prospettando la strumentalità del secondo rispetto al primo. L'autorità pubblica, per consolidarsi, ha bisogno del diritto penale: legislatore e scienza giuridica scoprono e sfruttano l'efficacia generalpreventiva del diritto penale sostanziale, le sue potenzialità di ordine e di indirizzo dei comportamenti sociali. Esigenze di razionalizzazione e semplificazione dell'assetto espositivo si incontrano con l'interesse preferenziale del *Princeps* per il diritto penale sostanziale, «capace di tradurre direttamente in precetti coercitivi le sue volontà imperative e velleità dominative»[40].

Il più alto livello di razionalizzazione e chiarezza si ritiene venga raggiunto da Tiberio Deciani nel suo *Tractatus criminalis* (1590), opera basata su due pilastri fondamentali: la separazione del diritto penale sostanziale da quello processuale e l'elaborazione di una parte dedicata ai *generalia* del delitto, ai principi e alle regole del reato come concetto astratto[41]. L'opera di Tiberio Deciani pur dall'interno della riflessione tradizionale, si pone come la fine di un percorso: porta a compimento un lento itinerario di maturazione dommatica e segna nel contempo l'inizio di un discorso destinato a continuare nel tempo[42].

Questa evoluzione in sistema del diritto penale è un processo lento. Avviato da Baldo degli Ubaldi e soprattutto da Tiberio Deciani, il processo si compie con i criminalisti operanti a cavallo tra XVIII e XIX secolo, i quali – influenzati non superficialmente dal pensiero giusnaturalistico e illuminista – sono attivamente volti alla sistemazione razionale e al rinnovamento scientifico del diritto penale, attraverso il superamento dei più vistosi difetti dell'*Ancien Régime*[43]. Oltre a essere impegnati nell'insegnamento universitario, molti di loro sono protagonisti attivi dell'opera di codificazione.

2.3. – Il contenuto volitivo del dolo

La dottrina del dolo si forma attraverso lo studio delle fonti del diritto comune italiano e tedesco (è ben presente il passaggio da Carpzov a Böhmer), operando un richiamo costante ai frammenti del diritto penale romano e con la conoscenza della filosofia greca, in particolare di Platone e di Aristotele.

Con giuristi come Paolo Risi, Filippo Maria Renazzi, Luigi Cremani, Alberto De Simoni e Tommaso Nani[44], si compie quell'evoluzione in sistema della materia penale a cui aveva dato inizio Tiberio Deciani elaborando, come appena visto, nel suo *Tractatus criminalis* (1590) una parte dedicata ai *generalia* del delitto, ai principi e alle regole del reato come concetto astratto, separato e autonomo dal processo.

Il disegno formale delle trattazioni di questi autori è a grandi linee il medesimo: si parte da una definizione di delitto, se ne esaminano gli elementi, si prospettano i motivi che ne possono determinare l'esclusione e le circostanze che possono accompagnarlo. Questo schema non rimane solo teoria. Infatti analogo è il disegno, anche rispetto all'elemento soggettivo, che poi si ritroverà nel progetto di codice penale lombardo, progetto che ci porta direttamente alle sorgenti della codificazione penale in Italia[45].

La natura del delitto viene così descritta da Renazzi: «*Delictum est humana actio externa, ab interna dependens, homini conscia, libera, consilio facta, ideoque imputabilis, sive immediate sive mediate perfecta, societatis tranquillitatem et sociorum securitatem ac commoda laedens*»[46].

Il *principio di materialità*, che anche oggi svolge nel nostro sistema la prima funzione di delimitazione dell'illecito penale[47], trova compiuta espressione già nelle *Animadversiones* di Risi. Il delitto è un fatto: un mero stato soggettivo non è competenza del diritto penale: «*Delictum est factum sponte dolo, vel culpa admissum, quo jus alterius laeditur. Ac delictum quidem factum esse oportet ... Qui si in mente tantum, animoque consistant, neque usquam excurrant, unico Iudice, & Vindice Deo utuntur*»[48].

Con una commistione tra quelle che oggi sono la *suitas* (coscienza e volontà della condotta, art. 42 comma 1 c.p.), l'imputabilità (capacità di intendere e di volere, art. 85 c.p.) e il dolo (previsione e volizione dell'evento, art. 43 comma 1 c.p.), si afferma che il fatto deve essere prodotto della volontà, cioè commesso spontaneamente e liberamente. La volontarietà

dipende in parte dall'intelletto e in parte dalla libertà. Innanzitutto è necessario che l'agente abbia cognizione della realtà e sia in grado di poter giudicare tra il bene e il male. Tra le più possibilità che gli offre la conoscenza egli esercita la propria facoltà di scelta dirigendo le forze della mente verso il moto fisico degli organi del corpo: in ciò consiste la *humana libertas*. Secondo Cremani, questa è la *plena voluntas* a cui corrisponde il *perfectum delictum* e la ordinaria sanzione. Quando invece manchi la *cognitio* e la relativa possibilità di *iudicium* per una causa "evitabile" (*ab illo superari poterat*), l'azione si giudica *minus voluntaria* e si realizza un delitto *minus plenum*, detto anche *quasi delictum*, da punire con pena più mite (*extraordinaria*). Infine l'azione è del tutto involontaria quando la cognizione e il relativo giudizio manchino per una causa invincibile, come una violenza o una coazione o per simili motivi. In quest'ultimo caso non si è più in presenza di un delitto e il danno è da attribuire al fato[49].

Il contenuto volitivo del dolo è così descritto dal successore di Cremani nella cattedra pavese, Nani: «La determinazione della volontà dipende dall'agire la medesima per un principio intrinseco della sua attività e dall'avere una forza elettiva regolatrice delle sue operazioni per cui fra gli oggetti rappresentati dall'intelletto si sceglie quello che si poteva rifiutare»[50]. Sia in Cremani che in Nani è evidente (e da Cremani espressa in nota) la derivazione di questo contenuto psicologico dall'*Etica Nicomachea* di Aristotele[51]. Ancora più manifesta tale radice in questo assunto di Nani: «Determinandosi la volontà colla spinta dell'appetito e con i calcoli della ragione, se un'azione intraprenda pel solo impulso della facoltà appetitiva comune a tutti gli animali, senza che abbia potuto preagire la facoltà razioinativa, vi mancherebbe la deliberazione e conseguentemente una vera determinazione della volontà»[52].

Per Renazzi, la differenza tra dolo e colpa sta nel fatto che al primo inerisce il *propositum delinquendi*, mentre alla seconda l'*imprudencia*: anche la colpa si reputa generata dalla *voluntas*, nel senso che chi è "avvolto" (*irretitur*) dalla colpa "*in se habet agendi principium*"[53]. Più avanti si dirà che sia il dolo che la colpa inficiano la "rettezza dell'azione", ma per il dolo ciò avviene per un "vizio immediato della volontà", mentre per la colpa la causa immediata sta in un "vizio vincibile dell'intelletto". Vi è dolo quando si sia voluto l'evento come effetto necessario degli atti intrapresi; colpa quando l'evento «si reputi voluto come un effetto possibile dell'azione deliberata»[54]. L'ignoranza (alla quale viene parificato l'errore) esclude ogni responsabilità solo quando sia essenziale, involontaria e invincibile: altrimenti l'agente è in colpa e risponde del fatto compiuto. *Culpa* è invece sempre presente in coloro «*qui in re illicita operam dantes ignoranter delinquant*»: essi pertanto non sono scusati per i delitti che si verificano per caso (*forte*). L'ignoranza di chi versi in tale situazione è da ritenere sempre "accidentale" (= non essenziale), giacché basta «*in rem criminosam in genere consensisse*»[55].

Ormai superata la vecchia distinzione tra *dolus bonus* e *dolus malus*, non viene accettata neanche la distinzione tra *dolo personale* e *dolo reale*. Il dolo infatti – come chiarirà ancora soprattutto Pellegrino Rossi[56] – è solo "personale", nel senso che si ritrova nell'animo di chi delinque e non nel fatto materiale, come invece riteneva chi in passato aveva riferito il frammento del Digesto in cui viene citato il *dolus in re ipsa* a un ambito estraneo a quello suo originario, strettamente privatistico (proprio del settore delle obbligazioni). Ciò non esclude che vi possano essere azioni che, per le modalità del loro compimento, consentano di inferire con maggiore facilità il dolo[57]. Un'altra distinzione in tema di dolo concernente il profilo probatorio era quella, mantenuta ancora da Tiberio Deciani, tra *dolus verus* e *dolus praesumptus*, secondo la quale cioè l'intensità del dolo si misurerebbe in base al grado di accertabilità processuale: più è semplice la prova del dolo, maggiore sarebbe la responsabilità e dunque la pena. Questa distinzione viene contestata, da Renazzi, perché possibile fonte di confusione e perché rischia di scomporre l'unitaria categoria del dolo. Egli chiarisce che la divisione in vero e presunto non incide sulla sostanza comune del *dolus* – a cui attribuisce il significato di "*animum delinquendi, propositumque, quo homines delinquant*" – ma serve per distinguere le specie di argomenti probatori: il tipo di comportamento doloso penalmente rilevante è uno solo, è l'*actio interna* che si cela nell'animo di chi delinque e che sfugge alla vista dell'uomo, e dunque il dolo è *semper praesumptus* poiché può essere inferito unicamente da *indicia et argumenta* che rivelano esternamente la *voluntas*[58].

Renazzi propone a sua volta una distinzione per il giudice in sede di commisurazione della pena, affiancando i motivi al dolo. Egli distingue a seconda che l'*animus* dell'agente sia mosso da *nequitia* o da *impetus adfectuum*. In entrambi i casi c'è il *consilium delinquendi* e dunque il dolo: «*sed in primo casu consilium delinquendi considerate, et plena voluntate initum est, in altero autem casu animo vi adfectuum commoto, atque impulso id consilii est susceptum*»[59]. Il giudizio è più severo quando non sono gli affetti (ira, amore, ubriachezza) a eccitare a delinquere, ma è la *improbitas* che porta a cercare le occasioni per delinquere[60]. E nel giudizio

sui motivi si cela dunque una valutazione della persona dell'autore.

La posizione di Renazzi si inserisce nella comune preoccupazione dei giuristi di non lasciare impuniti ma di considerare investiti da una forma minore di dolo i fatti commessi sotto l'impeto di violente passioni; sempre che queste "passioni" non siano eticamente riprovevoli[61]. Nella cultura giuridica del tempo è profondamente radicata l'idea che l'imputabilità sia un presupposto imprescindibile del dolo e dunque il giudizio sulla volontarietà dell'azione è direttamente collegato alla maturità, allo stato psichico, fisico ed emotivo del soggetto agente [62]. Anche la stessa disciplina dell'ignoranza e dell'errore (di fatto e di diritto) si trova affiancata a quelle che oggi definiamo propriamente cause di esclusione dell'imputabilità (minore età, vizio di mente, ubriachezza, ecc.) perché il difetto cognitivo che ignoranza ed errore cagionano si riflette a sua volta sulla volontarietà dell'azione. E tra le cause che escludono questa volontarietà rientrano non solo fatti interni ma anche circostanze esterne come la violenza fisica e quella morale e la forza maggiore[63]. *Suitas*, imputabilità e dolo sono elementi di quella che alcuni chiamano "parte interna", altri "forza morale" dell'atto e altri ancora, più comunemente, "imputabilità", e che in definitiva, come detto, corrisponde alla nostra colpevolezza.

Con il termine "*imputabilità*" dunque si intende «la qualità o sia l'attributo di un'azione riguardata nelle essenziali sue relazioni alla legge ed alla persona dell'agente»[64]. E "*imputazione*" a sua volta è «il giudizio pel quale un'azione si attribuisce all'agente come causa morale degli effetti che derivando dall'azione stessa manifestano la violazione della legge». E questa "*causa morale*" è proprio il "*dolo in senso criminale*", cioè «la volontà di commettere l'atto proibito o di omettere il comandato».

Infine, quando dall'azione direttamente voluta sia derivato un ulteriore effetto non voluto si prospettano – secondo Nani – tre casi[65]:

a) La prima ipotesi è quella che l'azione direttamente voluta sia di per sé un delitto e l'effetto verificatosi abbia una connessione tanto immediata con l'azione medesima che venga in certo qual modo a formare "unità d'azione" con essa. In questo caso – secondo Nani – «la imputabilità che n'emerge è quella del delitto voluto con deliberazione», una intensità del dolo dunque massima.

b) Può accadere poi che ugualmente l'azione direttamente voluta sia un delitto ma l'effetto non voluto sia conseguenza solo possibile di questa azione, senza cioè che si abbia quella immediata connessione di cui al caso precedente. In questa ipotesi la sanzione deve essere quella inferiore del "delitto semplicemente volontario".

c) Quando invece l'azione-base non abbia natura di delitto, ma l'effetto avvenuto si doveva prevedere come una possibile conseguenza della propria azione, tale effetto è da ritenere colposo.

3. – Alberto De Simoni

Alberto De Simoni (1740-1822) rappresenta una figura di primo piano della cultura giuridica penale (e non solo) della fine del XVIII secolo ed è l'unico autore in quel periodo di uno studio monografico sull'elemento soggettivo [66]. Nelle sue opere si ravvisano i tratti di un sentire comune in tema di colpevolezza dolosa: ne approfondiremo i concetti essenziali anche nel loro successivo svolgimento critico.

3.1. – Il dolo tra affetto ed effetto

De Simoni chiarisce nell'introduzione dell'opera "*Dei delitti di mero affetto*" (1783) l'oggetto del suo studio: come per gli altri giuristi del suo tempo, rimangono fuori dalla competenza del diritto penale «gli atti nella sola intrinseca loro natura criminosi come concepiti dal solo, e nudo pensiero», e sono invece oggetto di interesse «gli atti interni, in quanto influiscono negli esterni»[67].

Se è vero dunque che *cogitationis poenam nemo patitur*, è d'altro canto indiscutibile che il mero fatto delittuoso non è certo in grado di esprimere l'essenza della responsabilità penale. Criticando i giuristi del passato, e in particolare Carpzov «che colle sue opinioni ha pur troppo fin'ora regolata la vita, e la fortuna degli uomini presso quasi tutti i tribunali», De Simoni sostiene che l'essenza dei delitti va cercata nella "moralità delle azioni", cioè nell'elemento psicologico. Innanzitutto, contro il possibile arbitrio del legislatore, egli contesta che la natura del delitto vada rapportata solo alla violazione di una legge che non tenga nel dovuto conto gli "intrinsechi rapporti di moralità dell'azione criminosa"[68]. Senza citare espressamente Beccaria,

ma con forte tono critico (e forzandone gli assunti), ne rifiuta fermamente l'idea secondo la quale la "misura" del delitto sia segnata dal "danno derivato alla società", ponendo in rilievo gli effetti assurdi di una tale impostazione, che potrebbe portare a punire in virtù del "danno alla società" anche "fanciulli" o "mentecatti" o chi cagioni un effetto per puro accidente "pur agendo con la più retta intenzione": «e così le azioni criminose nel solo loro effetto materiale, verrebbero nella loro solo materiale influenza, e non nel loro morale principio punite»[69]. In realtà, come abbiamo visto, a Beccaria non sfuggiva affatto la distinzione tra il fondamento del diritto di punire, il danno sociale, e il grado della pena, nella cui commisurazione ben rientrava la considerazione del diverso atteggiamento psicologico. Dichiarando di approvare invece quanto sostiene sempre in quel periodo Antonio Genovesi (nel *De jure et officiis* del 1765), che cioè non solo la lesione del diritto ma anche la *prava voluntas* è misura dei delitti, per De Simoni «le azioni esteriori sono come un composto dell'atto esteriore del corpo, e dell'interiore movimento dell'animo, e atto della volontà dell'agente; il primo come materia visibile della forma del secondo per se invisibile, e che non può cadere sotto i sensi». E tutto ciò in relazione con la natura stessa delle leggi, che indirizzano i loro precetti alla volontà degli uomini. Secondo l'impostazione dell'epoca, l'*imputabilità*, cioè "la qualità intrinseca dell'azione rispetto al principio o causa che l'ha prodotta", dà causa all'*imputazione*, "la qual non è che un atto del legislatore, o giudice, o di ogn'altro, che mette attualmente a conto altrui l'effetto di un'azione, la quale di sua natura è tale che può essere imputata"[70].

L'impostazione volontaristica, accanto a esigenze di prevenzione generale, e ferma l'univocità degli atti, rendono poi necessaria la punizione dei "delitti arrestati nel mero affetto": «la sola rea volontà, e intenzione ancorché non abbia per qualche accidente ottenuto il premeditato effetto, per se stessa diviene criminosa, e degna della persecuzione delle leggi, che vegliano intorno la pubblica, e privata sicurezza, e tranquillità tosto che esteriormente ha dato non equivoche prove di se stessa». La società se da un canto non può permettersi di aspettare gli effetti di una "rea volontà", d'altro canto deve ricorrere a «pene proporzionate, e calcolate ai gradi di forza politica, che più, o meno si accostavano all'effetto», e dunque il tentativo va punito con pena inferiore[71]. Dunque una *impostazione mista del tentativo*, che fa leva sì sulla manifestazione di volontà contraria alle leggi, ma che differenzia comunque il trattamento sanzionatorio del delitto tentato rispetto a quello consumato proprio per la mancanza dell'effetto.

Sia l'*affetto* che l'*effetto* costituiscono *misura dei delitti*: «quegli stessi interni rapporti di moralità vengono calcolati dalla considerazione dell'effetto civile dei delitti medesimi, o realmente seguito, o ragionevolmente temuto». La ragione del peso attribuito all'effetto nella misura del delitto sta anche – per De Simoni – nella difficoltà di accertamento dell'elemento interiore: «qualche volta riesce difficile, e fors'anche impossibile discernere, e calcolare esattamente le interne moralità, ossia l'interno morale principio, che ha fatto agire colui, che è trascorso a qualche criminoso eccesso per stabilire con preciso calcolo, se avvi più d'imprudenza, o più di trasporto, o più di doloso disegno». Così, in ossequio al romano "*delinquitur aut proposito, aut impetu, aut casu*", sono segnati anche i gradi della "imputabilità", ma quando non vi sia certezza della sussistenza del dolo, cioè «dove ha luogo il dubbio la ragion vuole che si presuma l'effetto cagionato piuttosto dall'imprudenza, che dal trasporto, e da questo piuttosto, che da un vero premeditato disegno»[72]. La forma pura di dolo – come vedremo – è solo quello di proposito: per risolvere i casi di dubbio non si allarga il concetto di dolo o si ricorre a presunzioni di dolo ma piuttosto si preferisce presumere un grado inferiore di colpevolezza quale la colpa. La colpa (imprudenza) dunque viene punita non quale forma propria di colpevolezza ma come sospetto di dolo e il richiamo alla volontarietà ha lo scopo di *assimilazione* della colpa al dolo.

De Simoni inizia la sua analisi dedicata specificamente al dolo (Capo IX) criticando la confusione sempre esistita tra *dolus bonus* e *dolus malus* e dunque l'identificazione del dolo con la frode: per gli stessi Romani il dolo altro non è che intenzione[73].

Oggetto di critica è poi la distinzione tra il *dolo vero e manifesto* e il *dolo presunto*, usata in realtà con diverse accezioni. Alcuni per "dolo vero" intendevano il dolo chiaramente risultante dal delitto commesso e per "presunto" quello che non si può dedurre che da indizi e congetture; altri chiamavano "dolo vero" quello riguardante le "commissioni criminose" e "dolo presunto" quello delle "omissioni"; taluni infine ritenevano altro il *dolo vero presuntivamente provato* e altro il *dolo presunto veramente provato*. Respingendo la dimensione solo processuale del dolo, De Simoni giudica "frivole, inette, e vane" queste classificazioni, giacché «o il dolo si considera nel suo senso astratto, o in concreto; nel primo egli è sempre vero perché formato dal proponimento dell'animo, e dal concorso della volontà, e dell'intenzione; nel secondo o è stato ritualmente con que' argomenti, de' quali è capace la sfera dell'umana cognizione provato il *dolo*,

e allora sarà sempre un *dolo vero*, e *manifesto*, o non è stato con sufficienti argomenti provato, e allora si deve attribuire un fatto piuttosto o alla sola colpa, o al caso». Il dolo data la sua natura di "interno principio" non si può accertare che tramite indizi e congetture tratte dal fatto esterno (le massime di esperienza del linguaggio odierno), e dunque è in un certo senso sempre vero e presunto insieme: «vero in astratto, cioè nei caratteri morali che lo costituiscono, e presunto nella maniera, con cui giusta l'umana certezza possibile è stato dedotto, e provato»[74].

Superate queste classificazioni, e affermata la natura sostanziale del concetto, De Simoni definisce il dolo «*un affetto dell'animo, che porta l'uomo, o attualmente, o abitualmente ad un atto, o ad un'azione opposta alle leggi, e pregiudizievole alla società nel suo oggetto e nel suo affetto*», e ancora poco più avanti «il dolo adunque che è quel dato punto di moralità civile, su cui è appoggiata la ragione imputabile, è la forma morale di ogni delitto in quanto è necessario che vi concorra la volontà, e l'intenzione dell'agente, senza cui sarebbe ogni delitto effetto accidentale del solo caso, e della fortuna, a cui, come dice Platone, non può il legislatore prescrivere leggi, e limiti»[75].

Come gli altri penalisti del suo periodo, anche De Simoni si sofferma particolarmente sull'influenza che le passioni possono avere sulla responsabilità e sul dolo. Egli afferma recisamente da un canto che «il dolo *non è, non può essere, che una piena perfetta e compiuta malizia*», e pensa al furto, al latrocinio, all'assassinio, al veneficio, all'omicidio premeditato, «delitti che non si commettono, che dopo avere maturato il disegno concepito nello spirito, e formato nel cuore, onde non possono essere per verun conto conseguenza di quegli impetuosi affetti, de quali è suscettibile la natura sensitiva dell'uomo»[76]. D'altro canto De Simoni di questi "impetuosi affetti" tiene conto e affida al «prudente accorgimento, e discernimento di un illuminato Giudice» i gradi di dolo da inferire dalle circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti all'azione, invitando però a tenere conto del tipo di passioni che muovono l'agente: definisce "affettato" quell'"affetto" non fondato sui "principi morali, e fisici della natura nostra sensitiva, che causa esser possa di trasporto"; "affettato", e dunque non scusabile, è per esempio il trasporto prodotto dall'ubriachezza o «cagionato da una sfrenata libidine senza un oggetto particolare di amore». «A motivo di maggior chiarezza» egli conclude il capo dedicato al dolo ordinando, a fini sanzionatori, il dolo criminoso in "*vizioso eccesso*" e in "*piena malizia*"[77], una sorta di distinzione – diremmo oggi – tra dolo d'impeto e dolo di premeditazione. Il *vizioso eccesso* comprende «quegli atti che sono conseguenza di un moto tumultuoso di affetti, che potevasi scansare, e prevedere» e che sono fonte di responsabilità «avvegnacchè se non sono in se stessi, sono però sempre nella loro causa liberi, e derivati dalla nostra volontà»; *malizia piena* è «quel *Dolo* con cui si commettono i delitti con disegno premeditato, in quanto vi concorre una dolosa sagacità per pensare, riflettere ai mezzi, e poi commettere di proposito un delitto».

3.2. – La colpa come sospetto di dolo

Il terzo grado di dolo è dato dalla colpa grave (*lata*), che è sì imprudenza ma partecipa della natura del dolo, «in quanto, o v'interviene di fatto qualche vizio della volontà, o la ragion civile ha motivo di presumerlo». Questo tipo di colpa caratterizzata dal vizio della volontà esiste in senso "*affermativo*" «in chi si presta a un'opera illecita o per se stessa, o perché proibita, ma ancora dove si trova in un senso *negativo*, vi può essere concorso, e vi può concorrere in parte almeno il vizio della volontà nel non aver saputo o voluto prevedere ciò che doveva, e poteva e sapere, e prevedere, come avviene di fatto nelle gravi omissioni, e nei casi di una dannosa imperizia imputabile, e di una troppo crassa ignoranza per se vincibile»[78]. D'altronde quando però "si da opera *scientemente* a una cosa per se illecita", «quanto egli ha commesso con tutte le sue conseguenze non è più effetto di mera colpa, ma si deve attribuire a un vero dolo»[79].

La ragione di questa classificazione della grave imprudenza come dolo sta, oltre che nel partecipare essa in qualche modo della volontà, nel sollecitare i cittadini all'uso maggiore possibile della loro attenzione, in esigenze di prevenzione generale ("prevenire il mal esempio"), e in motivazioni pratiche legate alla necessità di vincere "i pretesti, e li sutterfuggj, onde paliare, e mascherare un'azione opposta alle leggi, e al ben pubblico, e supplire alla difficoltà, in cui spesso si trova di scandagliare il grado di malizia, e di nequizia intervenuta nell'azione, o omissione di alcuno»[80], e dunque in definitiva in un dolo non pienamente provato ma solo sospettato. Invece, gli altri due gradi di colpa, "leggiera" e "leggierissima", non possono essere oggetto delle leggi criminali[81].

La colpa, in questa veste vagamente volontaria, rimarrà a lungo priva di un ruolo

autonomo rispetto al dolo: e del resto ancora oggi è frequente il ricorso alla categoria delle *Auffangtatbestände*, fattispecie (di "compensazione") sulle quali appunto si "ripiega" quando, nella valutazione di una fattispecie più grave, permangono dubbi sulla sussistenza dei suoi elementi costitutivi: si applica cioè la fattispecie meno grave, quella colposa, non perché essa davvero sia realmente integrata ma solo in quanto non lo è appieno quella più grave, cioè perché non si è riusciti a dimostrare fino in fondo il dolo[82].

Nello svolgimento storico, ancora con Carmignani la colpa rappresenta il grado minimo della imputazione soggettiva, impersonata dalla *intenzione*. Alla moralità delle azioni non basta la mera volontà, ma è necessario che questa si specifichi nell'*intenzione*, che secondo Carmignani, richiamandosi a Pufendorf, «è propriamente un tendere della volontà, la quale si dirige a un fine lontano, che a tutto potere si sforza di conseguire». Questa intenzione è più o meno intensa a seconda di come e quanto l'intelletto guida, e la libertà accompagna, la volontà. Così, «quando la volontà è pienamente illuminata dall'intelletto, ed accompagnata dalla libertà», l'intenzione si dice *perfetta*; è invece *imperfetta* «quando dalla violenza delle passioni o l'intelletto è offuscato o la libertà è diminuita». Inoltre l'intenzione è *diretta* «quando la volontà tende a un fine necessario»; *indiretta*, «quando a un fine meramente possibile». L'*intenzione indiretta* può poi essere *positiva*, «quando l'intelletto prevede la possibilità dell'effetto»; *negativa*, «quando, potendosi calcolare la possibilità degli effetti, per negligenza non si prevedono»[83]. L'intenzione in tutte queste sue forme, esclusa una, è *dolo*: l'*intenzione negativamente indiretta* rappresenta infatti la *colpa*, la quale però a sua volta viene punita non per sé stessa ma in forza di un sospetto di dolo[84].

Nella *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* Carmignani si sofferma ancora sul confine tra dolo e colpa. Il "principio politico" (quello cioè del Legislatore) parte da un dato comune: «la connessione non necessaria, ma meramente possibile che esisteva tra l'atto dall'agente assunto, allorché imprese ad agire, e il delitto». Quando poi si passa da questo dato oggettivo «a congetturare il modo col quale all'interno dell'animo dell'agente può essere stato appreso, due ipotesi possono farsi. O l'agente calcolò la connessione possibile dell'atto da lui assunto col delitto o omise di calcolarla». E ancora prosegue: «Nel primo caso vi è dolo, ma non della tempra, e del pericolo per la sicurezza sociale di quello, che si spiega, assumendo un atto di necessaria inevitabile connessione con il delitto: la intenzione in questo caso è diretta all'offesa, ma si va per vie tortuose, né è certo, che ella la produrrà onde meritare il nome d'intenzione indiretta positivamente. Nel secondo caso vi è colpa a norma della comune sentenza: ma non si sa comprendere come allo stato dell'animo in questo possibile caso si dia il nome di intenzione indiretta. Quando essa è senza alcun dubbio diretta a lecito fine, ed onesto, né un'intenzione, il cui nome spiega la tensione dell'animo a un fine lontano, può essere di sua natura indiretta, vale a dire non rivolta al suo fine»[85]. Proprio questa incerta natura della colpa porta Carmignani a spiegare che la *ratio* applicativa si sostanzia in un sospetto della presenza del dolo.

In più occasioni Carmignani, seguendo De Simoni, fornisce ulteriori chiarimenti sul fondamento della "politica imputabilità" della colpa, sul motivo cioè per cui il legislatore la rende perseguibile. Lo scopo è "allontanare il pericolo, che i fatti dolosi possano essere palliati sotto pretesto d'imprudenza". Cioè la legge, in presenza di una *intenzione indiretta*, sospetta il dolo; ma dato che il *sospetto* non può mai parificarsi alla *certezza*, la colpa è punita meno del dolo. Ne deriva altresì che la sola *colpa lata* ammette la "criminale imputazione", seppur di "infimo grado", perché il sospetto «nasce dalle circostanze del fatto, che rendono probabile il fatto; e ... siffatta probabilità non può esistere che nella colpa lata»[86].

L'assunto della colpa come sospetto di dolo perderà vigore solo con Francesco Carrara. Secondo quello che dichiara ai suoi "scolari" essere il suo intento - "raccoliere non creare" - Carrara in molti punti riproduce formalmente le classificazioni del suo maestro Carmignani e degli altri esponenti della scuola classica, ma le arricchisce di contenuti e dà spesso un senso compiuto alle categorie. Così, per la colpa, Carrara mantiene la tradizionale impronta volontaristica (la definisce al § 80 come «volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili del proprio fatto») ma ora essa diviene oggetto di rimprovero di per sé stessa e non quale sospetto di dolo, secondo invece una tradizione risalente a De Simoni e che ancora Carmignani - come visto - conferma: secondo Carrara «è un inutile errore l'insinuare che il fondamento della politica imputabilità della *colpa* sia il *sospetto del dolo*. Non può la giustizia imputare per un *sospetto*» (§ 125)[87]. Con Carrara la prevedibilità, in passato in vario modo afferente al dolo e strumento del suo processo di oggettivizzazione, passa definitivamente a contrassegnare la colpa: al dolo inerisce invece la previsione effettiva. La possibilità della verifica dell'evento non appartiene, in virtù della sua sola oggettività, né al dolo né alla colpa: dipenderà dall'atteggiamento psichico dell'agente, e dunque se di questa

possibilità vi è almeno previsione si ha dolo, se nemmeno previsione (e dunque solo prevedibilità) si ha colpa.

3.3. – Il caso della moglie ghiottona: il grado di previsione nel dolo intenzionale

Ma De Simoni è ricordato nella storia del dolo per un assunto la cui contestazione porterà poi Francesco Carrara a porre un punto fermo ancora oggi in tema di dolo intenzionale, cioè che l'intenzione è compatibile con la previsione dell'evento in termini non di certezza ma di possibilità.

Il caso pratico da cui muove l'analisi di De Simoni nel capo XIII (*"Del delitto considerato nella sua Causa sebbene dolosa, semplicemente però occasionale rispetto all'effetto"*) è quello di «un marito, che volendosi sbrigare di una moglie che gli era di peso e di noia studiosi di ottenere l'intento senza comparire egli il diretto omicida»[88]. Ben sapendo della particolare ghiottoneria della moglie, che non si accontentava del cibo portato a casa dal marito ma era addirittura solita uscire ("di soppiatto") durante il giorno in cerca di cibo, egli nasconde un pezzo di polenta, avanzato dal pasto, mischiato con un potente veleno in un nascondiglio dentro casa, fingendo dunque «di averlo sottratto alla ghiottoneria della moglie nella speranza però che essa lo ritrovasse, e se lo mangiasse». Cosa che puntualmente avviene: la moglie mangia l'avanzo, "ormai muffito", e muore atrocemente.

Avendo dovuto trattare della commisurazione della pena per questo caso, De Simoni giunge alla conclusione che il marito non meriti l'ordinaria pena del beneficio giacché «non si può dire che costui sia stato la causa immediata della morte della moglie, ma la causa soltanto rimota sebbene criminosa per il reo affetto, e la dolosa intenzione con cui egli si condusse in questo fatto», essendo causa veramente prossima della morte della moglie "l'intemperante sua ghiottoneria" e non prestando il marito che "la dolosa causa occasionale". Il marito è soggettivamente responsabile in modo indiretto di quella morte, la quale, benché "per una rimota probabilità potesse prevedersi" non poteva però "per una assoluta e intrinseca necessità dal solo fatto criminoso del marito provenire". I gradi di quella che lui, come gli altri autori del suo periodo, chiama "imputabilità" (e che altro non è che la colpevolezza), variano a seconda dell'influenza morale diretta o indiretta, immediata o mediata, prossima o remota, intrinseca o estrinseca, sull'effetto. E il fatto del marito non può essere – secondo il giurista lombardo – che causa indiretta, remota o mediata[89].

Il criterio per graduare la colpevolezza è infatti il seguente: «Li gradi adunque di certezza, e probabilità di questa precedente cognizione rispetto alle conseguenze che si potevano, o dovevano prevedere, sono i gradi dell'imputazione medesima delle conseguenze buone, o ree di un'azione rispetto all'agente». L'imputazione cioè «sempre diminuisce della sua civile forza in proporzione della distanza morale della volontà del delinquente dall'effetto dell'azione criminosa commessa»[90].

Nel caso in questione saremmo dunque in presenza di un "*delitto di mero affetto*", «perché l'effetto non ha un'assoluta, e necessaria relazione, e dipendenza col fatto benché criminoso, e doloso del marito». Ma questo "affetto" è soggetto a pena per "l'influenza ... che ebbe nella casuale causa di questo", essendo stato dal marito "ragionevolmente preveduto come facilmente possibile" l'effetto poi verificatosi[91].

Insomma nel pensiero di De Simoni la forma compiuta di responsabilità dolosa, si ha solo quando vi sia rapporto assoluto, immediato e necessario tra affetto ed effetto: il che peraltro non esclude che «che vi possa essere qualche accidentale distanza materiale tra la detta opera e precedente causa, e tra l'effetto indi seguito», rimanendo fermo che l'effetto deve essere "scopo primario del reo suo affetto" e che l'azione deve porsi come causa di per sé sola prossima ed efficace in vista della realizzazione dell'evento. Quando l'azione commessa non abbia di per sé questo rapporto *diretto*, quando cioè manchi il controllo dell'autore sugli avvenimenti successivi (sulla causazione dell'effetto), vi è ancora dolo ma di livello inferiore, perché in definitiva il rimprovero è volto al tipo di affetto dell'agente e non all'effetto, il cui verificarsi è *indirettamente* condizionato dall'intervento di una causa mediata, ma prevista come probabile o possibile (e non certa). Si esterna cioè una "rea volontà", ma questa è "civilmente imperfetta", giacché «la distanza in questo caso dall'affetto all'effetto è propriamente di alcuni gradi di circonferenza di moralità civile»[92].

Questa differenza – oltre a incidere sotto il profilo sanzionatorio – comporta infine una conseguenza di non poco conto: il fatto doloso del marito, se non fosse seguito l'evento mortale, non sarebbe stato punibile nemmeno a titolo di "attentato", dato che – secondo De Simoni – può darsi tentativo solo «dove direttamente abbia nel suo doloso principio di fatto una stretta,

necessaria, e immediata analogia, e relazione morale coll'effetto premeditato; cioè a dire se non quando per parte dell'agente sian stati adoprati i mezzi direttamente, e immediatamente efficaci per se stessi al criminoso intento concepito»[93].

Sempre nell'ottica di contrassegnare le diverse forme di dolo in base allo "stato dell'animo" del soggetto e non a profili meramente oggettivi, quasi un secolo dopo Francesco Carrara prende spunto – per porre un assunto che rimarrà fermo nella teoria del dolo – da questo caso pratico proposto quasi un secolo prima, e che evidentemente era diventato una sorta di caso di scuola per discutere del dolo. Ebbene, Carrara contesta a De Simoni di confondere la forza fisica con la forza morale, il rapporto *ontologico* col rapporto *ideologico del mezzo al fine*. Così testualmente: «Se l'agente *previde* e *volle* il fine, ma si servì di mezzi, il risultato dei quali era meramente *possibile*, calcolando ne conseguisse l'effetto che realmente ne conseguì, la *intenzione* non è *indiretta* ma veramente *diretta*. Indiretti sono i *mezzi*, non la *intenzione*; e male si confonde dal De Simoni la indirezione degli uni con la indirezione dell'altra»[94]. Insomma con queste parole Carrara chiarisce una volta per tutte che il dolo intenzionale è ben compatibile con la previsione dell'evento come meramente possibile[95]. Ciò che decide della forma del dolo è lo "stato di animo" (come lo chiama Carrara) dell'agente: se il suo "affetto" (come invece lo chiamava De Simoni) è indirizzato all'"effetto" non conta che questo sia solo possibile anziché certo. Il marito descritto da De Simoni era dunque, secondo Carrara – "a disegno riuscito" – responsabile di "veneficio con *premeditazione*": «il dolo di costui, che freddamente e deliberatamente maturò quel piano che a lui parve più opportuno e meno rischioso per giungere al doppio fine di uccidere e restare impunito, sarà sempre dolo di primo grado ad onta della eventuale fallacia dei mezzi ... fallacia che rimase meramente ipotetica»[96]. E infine: «La intenzione che prevede e vuole un fine pravo, è sempre *in sé* diretta, quantunque si serva di *mezzi* indiretti; la via scelta per il viaggio nulla altera la direzione dell'animo del viaggiatore»[97]. E oggi diciamo che il dolo intenzionale è caratterizzato dal ruolo dominante della volontà, che raggiunge in questa forma di dolo l'intensità massima, bastando alla previsione la mera possibilità del risultato perseguito[98].

Abbiamo visto, infine, che dalla sua distinzione tra (chiamiamoli così) dolo "diretto" e dolo "indiretto", De Simoni faceva scaturire non solo una diversa sanzione ma la base per porre il principio che non tutte le forme di dolo sono compatibili col tentativo. Mentre però in De Simoni ciò derivava da una sovrapposizione del piano oggettivo a quello soggettivo, Carrara arriva allo stesso principio ragionando sul piano meramente soggettivo.

3.4. – La prova del dolo

Durante il lungo periodo storico del diritto comune aveva predominato in Europa l'idea che – essendo vietata la prova per indizi – l'unica prova valida, non solo per determinare il dolo ma l'intero fatto, fosse la confessione dell'accusato, da estorcere eventualmente con la tortura[99]. Le difficoltà di provare il dolo si manifestarono in tutta evidenza dopo l'abolizione della tortura [100], e la conseguente decadenza della confessione come "regina delle prove"[101]. Per ridurre le difficoltà probatorie e per reazione alla progressiva liberalizzazione delle regole probatorie, in dottrina si diffusero presunzioni di dolo, sia di carattere generale (*praesumptio doli generalis*) sia con riferimento a particolari fattispecie (*praesumptio doli specialis*) [102]. Tra la fine del XVIII e gli inizi del XIX sec., tali presunzioni iniziarono a proliferare nei testi legislativi europei.

Alla presunzione generale di dolo venne assegnato un fondamento filosofico prima da Grolmann, il quale riteneva che, data la natura volontaria delle azioni umane, le condotte delittuose debbano essere supposte come dolose[103], e poi da Feuerbach, dove la *allgemeine Vorsatzvermutung* trovò la propria espressione classica nel *Lehrbuch*[104]. La regola generale di presunzione del dolo venne poi codificata nell'art. 43 del codice penale bavarese del 1813, il cui progetto risale appunto a Feuerbach: «quando si deve dimostrare contro una persona un fatto antiggiuridico, viene legalmente ammesso che lo stesso ha agito con dolo antiggiuridico, a meno che da particolari circostanze non risulti la certezza o la probabilità del contrario»[105]. Fortemente critica nella letteratura del tempo, l'idea della presunzione generale di dolo venne poi abbandonata da Feuerbach nel 1826 nella nona edizione del suo manuale e l'istituto scomparirà anche, nel 1848, dal codice penale bavarese[106].

Il corso della dottrina penalistica italiana di fine settecento è – come già accennato – differente. Il problema della prova del dolo non viene affrontato allargandone il concetto (come invece nella dottrina tedesca faranno Böhmer, Gläntzer e Leyser profilando la variante del dolo eventuale) o fornendo del dolo, come appena visto, presunzioni processuali, quanto piuttosto sviluppando una teoria degli indizi, e più in generale della stessa struttura del sistema

probatorio. Con chiarezza e decisione De Simoni rifiuta generali presunzioni di dolo derivanti dalla natura stessa di delitti, perché si tradurrebbero in inaccettabili inversioni dell'onere della prova: «la qual cosa ripugna a tutti i principj della ragione sì naturale che civile»[107].

La prova del dolo è naturalmente più difficile nei delitti di *mero affetto*, che abbiamo visto essere non solo il tentativo e alcuni gravi delitti ma in generale tutti i delitti dolosi dove l'effetto non sia causa certa, diretta e immediata dell'azione criminosa[108], e dunque anche le ipotesi che oggi diremmo contrassegnate da *dolo eventuale*. De Simoni riconosce la difficoltà di arrivare a conoscere il "principio morale di un'azione" e dà una definizione di questo procedimento: «La cognizione della vera moralità di un'azione non si acquista che quando il nostro spirito agendo sopra se stesso nelle circostanze abituali dell'azione sù cui si pone a riflettere per via di un naturale raziocinio combinato da antecedenti cognizioni di fatto, e di diritto viene a formare il suo giudizio sopra il principio morale di quell'azione medesima». Dato il tipo di accertamento si tratterà sempre di risultati non matematici ma di una *certezza morale* differente da quella fisica [109]. Per arrivare a questa certezza morale è necessario "il prudente arbitrio del Giudice"[110], che opererà tramite indizi; e agli indizi, alla loro classificazione e al loro peso, dedica l'ultima parte di questo suo lavoro.

Gli "indizi" vengono divisi da De Simoni in cinque classi. Alla prima classe appartengono tutti quegli indizi che in vario modo attengono alla *persona*: l'età, il sesso, la fama, le cattive frequentazioni, l'abitudine a commettere delitti, il passaggio improvviso dalla povertà alla ricchezza, le sembianze o la voce segnalate da testimoni. La seconda classe comprende gli indizi ricollegabili in definitiva alla *causale*: odio, inimicizia, amore, collera, timore ecc. La terza classe annovera poi le circostanze precedenti, concomitanti e susseguenti alla *condotta*. Nella quarta assume il valore di indizio la *facilità* con la quale il delitto è stato commesso. Infine alla quinta classe appartengono gli indizi che si traggono dal fatto che l'accusato era *tenuto* a una determinata condotta e ha *omesso* o dimenticato di tenerla.

Al di là dell'affidabilità di alcuni di questi criteri, De Simoni, come gli altri penalisti del suo tempo, già prospetta quella distinzione tra indicatori del dolo attinenti alla persona e indicatori riguardanti invece la condotta, che sarà affinata da Carrara e che si imporrà definitivamente con Finzi e Bricola[111]. E proprio da ciò discende un insegnamento della dottrina penalistica italiana di fine settecento: porre al centro del dolo la volontà e rifiutarne al contempo – nonostante questa caratterizzazione psicologica – ogni presunzione, valorizzando il momento dell'accertamento.

Abstract

The latter half of the eighteenth century represents a fundamental step in the historical development of intention's concept. By that time the traditional objectivist approach, linked to the original *Doctrina Bartoli* and culminating in the Carpzov's *dolus indirectus*, loses force. Then an effective psychological dimension, in particular a volitive one, tends to emerge (to get established). In this historical phase the Italian criminal law doctrine plays an important role. Inter alia, Alberto De Simoni enhances the intention as content of mens rea, also proposing the assumption (overcome only by Carrara) for which the intention is consistent with the prediction of the event in terms of certainty and not of chance. De Simoni, then not only deepens the psychological content of intention, but also proposes a modern theory of evidence to ascertain it.

[Per la pubblicazione degli articoli della sezione "Contributi" si è applicato, in maniera rigorosa, il procedimento di *peer review*. Ogni articolo è stato valutato positivamente da due *referees*, che hanno operato con il sistema del *double-blind*].

[1] DEZZA, *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'età dei lumi*, Milano 1992, p. VI della nota introduttiva.

[2] Sulla matrice filosofica della moderna scienza del diritto penale, BARATTA, *Filosofia e diritto penale. Note su alcuni aspetti del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1972, pp. 31 ss., per il quale nel primo periodo di sviluppo del pensiero penalistico italiano si assiste «a un processo che va da una filosofia del diritto penale ad una fondazione filosofica della scienza del diritto penale: cioè da una concezione filosofica ad una concezione giuridica, ma filosoficamente fondata, dei concetti di reato, di responsabilità penale, di pena».

[3] Per una illustrazione in particolare del contributo in tema di dolo da parte di Gaetano Filangieri, Gian Domenico Romagnosi e Mario Pagano, sia consentito il rinvio a DEMURO, *Il dolo. I. Svolgimento storico del concetto*, Milano 2007, pp. 202 ss.

[4] MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, 3ª ed., Milano 2001, pp. 15 ss. Vedi in generale, M.A. CATTANEO, *I principi dell'illuminismo giuridico-penale*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, studi coordinati da S. Vinciguerra, Padova 1999, pp. 3 ss.

[5] M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I (art. 1-84), 3ª ed., Milano 2004, p. 13.

[6] Lo scritto nel quale Paul Johann Anselm von FEUERBACH afferma la propria impostazione psicologica è "Betrachtung über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere", in *Bibliothek des peinlichen Rechts der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde*, II, 1804 (neu Ausdruck 1985), pp. 234 ss., dove afferma tra l'altro che «il diritto penale, come si sa, è intimamente connesso con la psicologia» e che «certamente, senza la conoscenza dell'uomo, senza lo studio della natura umana, è impossibile una dottrina del diritto penale». L'impostazione originaria si trova nel maggiore lavoro penalistico di Feuerbach la *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1799-1800), opera per RADBRUCH, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, 3. Aufl., Göttingen 1969, p. 44, «für die Strafrechtsgeschichte epochal».

Secondo la teoria della coazione psicologica di Feuerbach la legge penale influisce sulla facoltà di desiderare del potenziale colpevole agendo in senso contrario alla spinta criminosa, attraverso la rappresentazione di un male maggiore della soddisfazione che potrebbe derivare dalla realizzazione del delitto. La sua concezione di colpevolezza dunque comprende: a) la conoscenza della legge penale; b) la sussunzione del fatto sotto la legge; c) il fondamento del fatto nella volontà del soggetto. Si tratta di una colpevolezza di tipo psicologico fondata sulla volontà (*Willensschuld*). Pertanto se si vuole fare rientrare (così come fa Feuerbach) anche la colpa nella colpevolezza essa deve consistere in un *Willensfehler*, difetto della volontà che consiste anzitutto nella violazione della *obligatio ad diligentiam* di rendersi edotti delle leggi dello Stato in cui si vive, per non violarle a causa della propria ignoranza. Invece è dolo «*die Bestimmung des Willens (Begehrungsvermögen) zu einer Rechtsverletzung als Zweck mit dem Bewusstsein der Gesetzeswidrigkeit des Begehrens*». Ad avviso di LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts. In vergleichend-historischer und dogmatische Darstellung*, Leipzig 1895, p. 214, Feuerbach avrebbe così voluto dire che la mera previsione non basta più al dolo, richiedendosi piuttosto che l'evento sia voluto, nel senso che risieda nell'intenzione del soggetto. Che sia semplicemente questo il senso della definizione di Feuerbach non è da tutti condiviso. Egli invero sembra dire qualcosa in più: questa volontà coincide con la facoltà di desiderare, per cui la spinta al crimine ha la sua fonte psicologica nel sentimento (*Sinnlichkeit*) dell'uomo. Così von BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg 1966, p. 25.

[7] SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, 3ª ed., Firenze 1974, *passim*. Secondo l'Autore, utilitarismo, razionalismo astratto e antistoricismo sono i caratteri principali delle concezioni giuridiche dell'illuminismo e a essi sono informate le teorie di diritto penale che prendono le mosse dal movimento illuministico. Le conseguenze principali sono naturalmente quelle che riguardano il fine della pena, che per le teorie contrattualistiche è la difesa del contratto sociale, mentre per le teorie giusnaturalistiche è la difesa di una giustizia astratta di valore trascendente. Per l'indeterminatezza però del pensiero illuministico, e per il suo scarso rigore speculativo, anche nel campo del diritto penale le esigenze del contrattualismo e del giusnaturalismo, e dunque utilitarismo e moralismo ideologico, si mescolano continuamente e danno vita – sostiene Spirito – a un ibrido eclettismo. Però proprio uno dei caratteri principali dell'illuminismo, l'antistoricismo, trova immediata smentita nel costante collegamento col diritto penale romano da parte di alcuni degli autori principali. Critico verso questa accusa di eclettismo rivolta ai giuristi riformatori della seconda metà del settecento, PALOMBI, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX*, Napoli 1979, pp. 30 ss.

[8] BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 5ª ed., Harlem 1766, riprodotta a cura di F. Venturi, Milano 1991 e Torino 2007, § VII. L'intenzione degli uomini è un dato troppo vago e variabile per farne derivare dei precetti generali: dovrebbe conseguire «una nuova legge ad ogni delitto». Peraltro questa impronta oggettivistica non impedisce a Beccaria di sostenere la punibilità del tentativo: «*Perché le leggi non puniscono l'intenzione, non è però che un delitto che cominci con qualche azione che ne manifesti la volontà di eseguirlo non meriti una pena, benché minore all'esecuzione medesima del delitto*»; e anche tutto ciò per motivi di prevenzione: «*L'importanza di prevenire un attentato autorizza una pena*».

[9] BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XII.

[10] BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § I. Nel § VI si precisa cosa muove le condotte umane: «... il piacere e il dolore sono i motori degli esseri sensibili».

[11] MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, I, a cura di S. Moccia, Napoli 2002, p. 19. Sul significato di Cesare Beccaria per la storia del diritto penale, DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, pp. 965 ss., il quale più precisamente ritiene merito di Beccaria «quello di aver reso consapevole il pensiero moderno dell'esigenza di una vera scienza del diritto penale intesa come costruzione sistematica derivante da un superiore principio direttivo». Sul contributo di Beccaria all'affermazione degli ideali illuministici, dal punto di vista della dottrina tedesca, Eb. SCHMIDT, *Einführung*, cit., pp. 218-219.

[12] Così MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, cit., p. 20.

[13] BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XXXIV. Sul rapporto tra Beccaria e i criminalisti del suo tempo, MARONGIU, *Muratori, Beccaria, Pietro Verri e la scienza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, pp. 758 ss., e per

le critiche alla sua (ritenuta) impostazione "oggettivistica", CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, pp. 139-140.

Sarà poi in particolare Gaetano Filangieri a sviluppare il concetto di proporzione: per l'Autore della *Scienza della Legislazione* il delitto si misura secondo la sua qualità e secondo il suo grado: la *qualità* è data dal patto che si viola (diversa è la violazione del patto sociale che esprimono per esempio l'omicidio e il furto); il *grado* dalla quantità di dolo o di colpa con la quale si commette l'azione.

[14] BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XII: «Quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve essere prescelto che, serbata la proporzione, farà un'impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo».

[15] CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di Pessina, II, Milano 1906, p. 249. Per un quadro complessivo, PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, II, Milano 1906, pp. 541-548. Vedi riferimenti anche in PALOMBI, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX*, cit., p. 56.

[16] CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale*, cit., p. 249. In generale sul bisogno di unificazione e di certezza connesso alla tendenza verso la codificazione, VASSALLI, voce *Codice penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, pp. 261-262.

[17] PALOMBI, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX*, cit., p. 56.

[18] Sull'opera di Anton Matthes, CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma – Bari 1986, pp. 502 ss.; e in particolare sul ruolo svolto dal *De criminibus* come manifesto del nascente movimento dottrinale volto al superamento del diritto penale di *Ancien Régime*, DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, I, Milano 1989, pp. 106 ss.

[19] Spesso accomunando, peraltro, la *volontà* come «*principio dell'azione in generale*», che nel pensiero aristotelico rientra nel concetto di *ἐκούσιον*, e la *volontà* come «*scelta*», cioè «*principio razionale dell'azione*», che Aristotele definisce *προαίρεσις*.

Sulla concezione "psicologica" della colpevolezza, che sarebbe stata elaborata dalla dottrina illuministica, PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 559 ss.

[20] CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale*, cit, p. 243.

[21] PALOMBI, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX*, cit., p. 62, il quale afferma che la dottrina ottocentesca per mantenersi ferma all'idea della responsabilità penale fondata sulla cattiva intenzione, era costretta ad annoverare la coscienza dell'antigiuridicità tra i requisiti indefettibili del dolo, andando a urtare contro il radicato principio di inescusabilità dell'errore sul divieto. Vedi anche SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo*, Napoli 1961, p. 35.

[22] DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin-Leipzig 1931, p. 258.

[23] SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo*, cit., p. 36: «Il fondamento di questo sistema di valutazioni era dato dall'etica d'intenzione che Kant aveva teorizzato. L'uomo è libero di fronte alla sua coscienza e il giudizio morale deve essere commisurato alla intenzione con cui egli agisce. Quello che decide della moralità della sua azione è la buona o cattiva intenzione».

[24] Secondo PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano 2006,, p. 285, è difficile e improprio, nell'esperienza medievale (sembra almeno fino a Deciani), cercare di tracciare linee di confine tra violazione dell'obbligo giuridico e trasgressione del precetto religioso. Vi è infatti una sovrapposizione di comportamenti e di norme da cui si forma l'immagine unitaria e inscindibile del *cives-peregrinus*, e che dà luogo a una continua e reciproca contaminazione semantica e disciplinare in cui sfumano le distinzioni tra l'«*Homme criminel*» e il «*pêcheur*»: così, sulla *coincidenza* nel pensiero tomistico tra *responsabilità morale* derivante dal peccato e *responsabilità penale* derivante da delitto, PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris 1989, pp. 12-15.

[25] PALOMBI, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX*, cit., pp. 62-63.

[26] Oggi la c.d. teoria della colpevolezza (*Schuldtheorie*) assume la coscienza dell'antigiuridicità come elemento a sé stante della colpevolezza, cosicché vi può essere dolo (in quanto altro elemento a sé stante della colpevolezza) anche se manca tale coscienza, in caso di ignoranza o errore evitabile sul divieto. Alla c.d. teoria della colpevolezza si contrappone la c.d. teoria del dolo (*Vorsatztheorie*), secondo la quale la coscienza dell'antigiuridicità si pone invece accanto alla rappresentazione e volizione quale elemento fondamentale del dolo.

[27] Su tale codice, STILE, *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle due Sicilie*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, cit., pp. 183 ss.

[28] G.A. DE FRANCESCO, *La forza della ragione e la ragione della storia. Il seducente eclettismo della codificazione penale napoletana*, in *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*, Padova 1998, pp. CCXXVIII ss. Cfr., con riferimento alle codificazioni tedesche preunitarie, DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, pp. 766 ss. e RADBRUCH, *Erfolghaftung*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A.T., 2 Bd., Berlin 1908, p.

231: nelle diverse scelte legislative si scorge per lo più una presunzione (assoluta) di colpa, che, al di là delle etichette formali, si sostanzia, così come per la presunzione di dolo, in una vera e propria responsabilità oggettiva.

[29] PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Indice pen.*, 1999, p. 535.

[30] Su tale crisi, tra gli altri, NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, pp. 195 ss.; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 431 ss. e ID., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., pp. 527 ss.

[31] PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 147.

[32] SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari 2002, p. 168 nt. 1.

[33] SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 174.

[34] PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., pp. 95-96.

[35] Dal punto di vista processuale le *practicae* sono – afferma SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 176 – in realtà, e paradossalmente, povere. Poco curandosi dei diritti degli accusati, i giuristi autori delle *practicae* costruiscono una dottrina processuale ridotta, quasi interamente assorbita nella questione dei limiti da porre al giudice («*iudex debet, potest, an debet, an possit, non debet, nequit*», cioè “il giudice deve, può, ci si chiede se debba, ci si domanda se possa, non deve, non può”).

[36] PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 97. Sulla incapacità dei postglossatori di riunire in sistema singoli elementi concettuali, come per esempio il dolo, già SCHAFFSTEIN, *Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen. In ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts – Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina zur Carpzov*, Darmstadt 1973, Neudruck der Ausgaben 1930-1932, p. 27. Cfr. anche PIANO MORTARI, voce *Codice (storia)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, pp. 229 ss.

[37] Del resto, anche oggi molte teorie sul dolo, che sembrano (o vogliono) avere un contenuto concettuale, rappresentano in realtà criteri di accertamento: si pensi in tema di dolo eventuale alla teoria della operosa volontà di evitare, dove la predisposizione o meno di misure volte a ostacolare l'evento può fungere da orientamento in sede di accertamento, e soprattutto alle c.d. *formule di Frank* (FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18 Aufl., Tübingen 1931, pp. 190-191).

[38] PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 98. Secondo l'Autore, il modello tardo medievale, di tipo casistico, segnato dal sodalizio (se non dall'identità) tra *iudex* e *doctor iuris* nell'amministrazione della *civitas*, entra definitivamente in crisi nel XVI secolo, quando le pretese assolutistiche ed espansionistiche, con la conseguente centralizzazione dell'apparato giudiziario repressivo voluto dalle nuove entità politiche che rivendicano assoluta sovranità (Principati, Signorie, prime forme di Stato), si scontrano con l'organizzazione della giustizia statutaria. L'avanzare della nuova idea di Stato (o comunque di potere accentrato) comporta un'inversione di tendenza: regole imposte dall'alto, uniformità interpretativa e chiarezza definitoria. La legge assume i compiti prima lasciati a giurisprudenza e dottrina e controlla la giustizia tramite strumenti tecnici e strategie processuali. Pifferi (p. 350) osserva inoltre che «Le norme positive stabiliscono i delitti, ma costruiscono anche una completa trama della rilevanza penale che prevede e disciplina tanto gli elementi sostanziali e accidentali del crimine, quanto i modi e le forme del suo accertamento processuale. Diritto sostanziale e procedura sono i due rami della penalità, entrambi regolati dalla legge, che diviene prevalente criterio di comprensione e costruzione dell'esperienza giuridica, attraverso le sistemazioni e le categorie dei *doctores*».

[39] Per i meriti dell'umanesimo nella creazione di una scienza dei delitti e delle pene, CALASSO, *Medio evo del diritto*, cit., pp. 602-603, e in particolare su Andrea Alciato (1492-1550), che sarà considerato il fondatore della scuola umanistica del diritto, p. 600.

[40] PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 117.

[41] SCHAFFSTEIN, *Allgemeinen Lehren*, cit., pp. 56 ss.; PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 109. Quest'ultimo Autore evidenzia (p. 188) come Tiberio Deciani, appoggiandosi a un passo di Baldo degli Ubaldi, affermi di volere considerare i delitti prima che avvengano, non *realiter* e ricavando l'effetto o il fine non dalla loro concreta realizzazione, ma *in abstracto sive imaginatione*: c'è la volontà di sperimentare una via nuova, quella della speculazione teorico-filosofica applicata al diritto penale, della logica deduttiva capace di offrire fondamento e legittimazione al potere punitivo del Principe. La struttura del *Tractatus* deciano presenta dunque un approccio speculativo e teorico, quello che ha spinto la storiografia a considerare Tiberio Deciani il padre del diritto penale moderno. La modernità di Deciani risalta nella sua nota definizione di *delictum in genere* (*Tractatus Criminalis*, II, III *De diffinitione delicti*, n. 2): «*Delictum est factum hominis, vel dictum aut scriptum dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest*». Oggi si afferma (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 3) che il moderno diritto penale del fatto è retto da quattro principi fondamentali: di legalità, di materialità, di offensività, di soggettività. Questo *nullum crimen sine lege, actione, iniuria, culpa* già traspare nelle parole di Tiberio Deciani. Sarebbe impossibile – precisa Pifferi (p. 209) – attribuire a Deciani il merito del complesso sviluppo dogmatico che ha condotto all'affermazione di questi principi tra il XIX e il XX secolo: gli rimane comunque il merito, attraverso il lavoro di sintesi e lo sforzo definitorio, di avere svelato per primo alla dottrina le risorse sistematiche e la ricchezza speculativa della teoria astratta del reato. Consiglia prudenza nel trasporre vocaboli, cautela nel vedere 'origini' e

'sviluppi' là dove vi sono fenomeni culturali e giuridici espressione di uno specifico e storicizzato contesto, SBRICCOLI, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in AA.VV. *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, a cura di M. Cavina, Udine 2004.

[42] PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 24. Sull'importanza dell'opera (il *Tractatus criminalis*) di Tiberio Deciani in tema di colpevolezza, già il riconoscimento di ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, 2. verbesserte Aufl., Aalen 1965 (1. Aufl. Leipzig 1895), p. 21.

[43] Per un giudizio complessivo sui maggiori criminalisti italiani operanti a cavallo tra XVIII e XIX sec., CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, pp. 75-76 nt. 121. Secondo Cavanna, il contenuto scientifico delle loro opere mostra, anche sotto le motivazioni giusnaturalistiche, la non spenta fiducia nelle categorie dogmatiche del diritto comune e il rispetto per l'opera scientifica svolta dai grandi interpreti dei secoli XVI e XVII. Cfr. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 383 ss.; DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, I, Milano 1989, pp. 139 ss.; DI RENZO VILLATA, *Giuristi, cultura giuridica e idee di riforma nell'età di Beccaria*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Atti del convegno di studi per il 250° anniversario della nascita, Milano 1990, pp. 225 ss.

[44] Luigi Cremani (1748-1838) e Filippo Maria Renazzi (1742-1808) sono considerati da Dezza i penalisti italiani di area accademica più rappresentativi della fine del XVIII secolo. Cremani insegnò a lungo a Pavia, Renazzi a Roma. Il poderoso trattato di Cremani, *De Iure Criminali Libri Tres*, viene pubblicato per la prima volta a Pavia tra il 1791 e il 1793. Troverà poi numerose altre edizioni. Le nostre citazioni sono riferite al *volumen unicum* pubblicato a Firenze nel 1848. Su Cremani, sulla sua figura di giurista e sulle sue opere vedi DEZZA, *Tommaso Nani*, cit., pp. 31 ss. e le indicazioni bibliografiche alla nota 95 p. 31. Sulla grande diffusione dei quattro volumi dell'opera di Filippo Maria Renazzi, giudicato il primo a tentare una concisa storia critica della disciplina del diritto penale, CORDERO, *Criminalia*, cit., pp. 180 ss. Per le indicazioni bibliografiche su Renazzi, DEZZA, *Tommaso Nani*, cit., p. 31 nt. 94.

[45] CAVANNA, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 140 e 262, e sulla struttura del progetto, p. 118.

Così con riferimento all'elemento soggettivo, Cremani (che fu anche consulente dell'imperatore Leopoldo II), confutando Beccaria e seguendo invece Risi, individua il reato in «*quicquid sponte quis agit, aut omittit sciens a lege prohibitum, vel imperatum esse*»; e il progetto al § 2 a proposito delle «*azioni od omissioni criminose*» prevede che «*Perché queste siano imputabili vi dee concorrere la libera volontà, ed un fine malizioso*», aggiungendo peraltro al § 3 che «*Non anderanno queste esenti d'imputabilità, sebbene l'autore non avesse specialmente divisato il male che si è derivato, qualora fossero dirette a qualch'altro reo disegno*». Formula con la quale si afferma il mantenimento del principio del *versari in re illicita*, nemmeno temperato dal criterio della prevedibilità. Nel § 4 poi si afferma: «*Anche la colpa grave non anderà esente d'imputabilità. Sarà grave la colpa quando tale sia il fatto per cui il male soglia facilmente accadere*».

[46] RENAZZI, *Elementa Juris Criminalis*, Venezia 1776, p. 23.

[47] Per la sua descrizione, oggi MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Padova 2009, pp. 120 ss.

[48] RISI, *Animadversiones ad criminalem jurisprudentiam pertinentes*, Milano 1766, pp. 7-8 (la riproduzione dell'opera è contenuta nella Biblioteca digitale della Sezione di storia del diritto medievale e moderno dell'Università degli studi di Milano: www.historia.unimi.it). In tema poi di tentativo, la scelta di fondo oggettivistica ancora oggi propria del nostro diritto penale (MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Milano 2009, pp. 374 ss.) contrassegna chiaramente anche l'opera di Paolo Risi. Il tentativo, infatti, deve essere punito con pena inferiore al delitto consumato (*Animadversiones*, p. 93): non accogliendo il principio della parificazione della pena, dominante invece nella tradizione austriaca e francese, Risi e gli altri giuristi italiani restano fedeli alla regola instauratasi nella tradizione criminalistica italiana. Mentre però altri autori come Cremani prevedono delle eccezioni quando si tratti per esempio di attentato alla vita del sovrano, in Risi questo principio non trova eccezioni. Quella di Paolo Risi si ritiene sia la prima trattazione veramente a cavallo, con esemplare equilibrio, tra la tradizione scientifica romanistica e il giusnaturalismo penale illuministico: rappresenterà un modello per molte delle successive trattazioni dottrinali, fino a Carmignani. Fondamentali le sue osservazioni su giudice e legge penale. Vedi CAVANNA, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 99, 143 e 229-231.

[49] CREMANI, *De Iure Criminali*, cit., p. 32.

[50] NANI, *Principii di giurisprudenza criminale* (cito dall'edizione di Napoli 1831), p. 64.

[51] Sia consentito ancora il richiamo a DEMURO, *Il dolo. I. Svolgimento storico del concetto*, Milano 2007, pp. 9 ss.

[52] NANI, *Principii di giurisprudenza criminale*, cit., p. 65.

[53] RENAZZI, *Elementa Juris Criminalis*, cit., p. 43.

[54] NANI, *Principii di giurisprudenza criminale*, cit., pp. 73-74.

[55] Così RENAZZI, *Elementa Juris Criminalis*, cit., p. 58.

[56] ROSSI, *Trattato di diritto penale*, trad. it. di E. Pessina, Torino 1853, pp. 337-339. A proposito della distinzione della "reità" (*dolus*) in *reale* (o *presunta* od *obbiettiva*) e *personale* (o *a dimostrarsi* o *subbiettiva*), al

problema cioè del *dolus in re ipsa*, Pellegrino Rossi fa notare come sia addirittura ovvio che il dolo che serve da base per una condanna non può mai risiedere in una semplice presunzione, dato che la risoluzione criminosa, essendo risultato di intelligenza e di libertà, è sempre nell'io dell'agente e mai nell'atto materiale: «quindi assurdo è il parlare del dolo *reale* od *obbiiettivo*». La distinzione ha senso solo ove venga riferita a quella tra le ipotesi in cui il dolo risulta *prima facie* dall'atto materiale e quelle invece in cui è necessario provare altre circostanze di fatto per inferire il dolo

[57] CREMANI, *De Iure Criminali*, cit., p. 34. Così NANI, *Principii di giurisprudenza criminale*, cit., pp. 76-77: «Nella serie numerosa e complicata dei delitti esistono alcune azioni le quali non possono intraprendersi senza presupporre nella persona che le commette la volontà di commetterle come veri delitti. Egli è perciò che l'estrinseco carattere di queste azioni manifesta per sé solo il dolo o sia il carattere intrinseco del delitto».

[58] RENAZZI, *Elementa Juris Criminalis*, cit., p. 35.

[59] RENAZZI, *Elementa Juris Criminalis*, cit., p. 35.

[60] RENAZZI, *Elementa Juris Criminalis*, cit., p. 35.

[61] CREMANI, *De Iure Criminali*, cit., p. 35; NANI, *Principii di giurisprudenza criminale*, cit., p. 68.

[62] Posizione, questa, comune anche ai giuristi filosofi napoletani. Vedi PALOMBI, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX*, cit., pp. 59-60.

[63] Così nel § 5 del Progetto di codice penale per la Lombardia austriaca (in CAVANNA, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 277-278): «Manca la libera volontà, e conseguentemente non può imputarsi la trasgressione della legge. Se l'autore del fatto è privo intieramente dell'uso della ragione, e nello stato alternativo di pazzia, e di ragione, non appaja essersi commessa l'azione sotto il lucido intervallo. Se lo stesso autore fosse in una involontaria accidentale alienazione e perturbazione de' sensi, per la quale non potesse essere consapevole del proprio fatto. Se una forza insuperabile lo spinse al violento atto. Se intervenne errore per cui non si possa imputar colpa all'errante, con che senza l'intervento dell'errore egli avrebbe agito lecitamente. Se il delinquente ritrovasi nell'età immatura, cioè prima d'aver compiuto il dodicesimo anno, a meno che dal fatto stesso, o dalle particolari circostanze non apparisca una prematura malizia».

[64] NANI, *Principii di giurisprudenza criminale*, cit., pp. 63-64.

[65] NANI, *Principii di giurisprudenza criminale*, cit., pp. 72-73.

[66] Le indicazioni biografiche sono curate da ANTONIELLI e contenute nel *Dizionario Biografico degli Italiani*, in www.treccani.it. Alberto De Simoni nacque a Bormio il 3 giugno 1740. Studiò a Innsbruck e Salisburgo e affiancò da subito a quella di studioso (gli fu offerta in seguito anche una cattedra all'Università di Pavia) l'attività di patrocinatore di cause civili e criminali. Ricoprì poi incarichi istituzionali e passò alla magistratura nel 1771. Il suo interesse per il diritto criminale fu destato dalla difesa processuale di un tale che, accusato di più furti semplici, fu condannato a morte, secondo il dettato degli statuti locali. Il rifiuto dunque dei "barbari eccessi" della pratica del diritto comune si accompagnò al rinnovato interesse per le scienze criminali suscitato dall'opera di Cesare Beccaria. Ma egli non seguì fino in fondo i postulati illuministici. In particolare De Simoni non rifiutò la tradizione del diritto romano e dello stesso diritto comune, anche condizionato dalle esigenze pratiche della sua attività di giudice che lo portarono realisticamente a respingere quelle proposte innovative che non fossero immediatamente traducibili in strumenti operativi: di qui, tra l'altro, il suo interesse per le teorie degli indizi. Dopo varie esperienze istituzionali, con la proclamazione della Repubblica Italiana fu chiamato nel 1802 alla revisione del progetto di codice penale. Questo incarico rappresentò una sorta di riconoscimento della sua moderazione: fu infatti ritenuto in grado di garantire «una redazione del codice che, senza rompere con la tradizione poggiante sul diritto romano, sapesse introdurre, con misurato compromesso, quegli elementi innovativi mediati dal pensiero giuridico del secondo Settecento, capaci di segnare definitivamente il passaggio dal diritto comune alla codificazione». Dal 1807 divenne giudice e consigliere della Suprema Corte di Cassazione. Morì ad Ardenno il 30 gennaio 1822.

Su De Simoni, il quale fu autore di un'altra opera assai conosciuta, *Del furto e sua pena*, pubblicata per la prima volta a Lugano nel 1776, vedi CAVANNA, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 75 e 231 ss., e DEZZA, *Tommaso Nani*, cit., p. 139 e *passim*. Inoltre esiste una sua memoria autobiografica raccolta in *Memorie intorno la propria vita e scritti*, a cura di C. Mozzarelli, Mantova 1991 e notizie su di lui sono contenute in PERUZZI, *Progetto e vicende di un codice civile della Repubblica Italiana (1802-1805)*, Milano 1971, pp. 53 ss.

Un recente approfondito studio – COGROSSI, *Alberto De Simoni tra Diritto comune e Illuminismo: nuove aperture ai concetti di certezza morale e di probabilità nella formazione del giudizio*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli 2011, pp. 2731 ss. – riconosce a De Simoni una significativa apertura all'Illuminismo, l'abbandono delle vecchie teorie di Diritto comune e una specifica attitudine teorico-pratica nell'esposizione dottrinale (frutto del lungo esercizio dell'avvocatura, e carente invece nei "*philosophes*" e nei teorici che godevano di maggior fama rispetto a lui): tutto ciò ne farebbe «un autore ancora interessante per l'attuale penalista a ritrovare nel passato le radici del nostro presente».

[67] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, parte prima, Como 1783, pp. 23-24. Seguirà la seconda parte, dedicata agli *attentati*, parti poi riunite in edizioni successive in unico volume.

[68] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 105 ss.

[69] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 108-110. Egli definisce Beccaria «un moderno filosofo degno di qualche lode, ma troppo lodato ... quello stesso filosofo, che ha potuto riscuotere applausi soltanto da chi soltanto o non seppe, o non volle analizzare il suo sistema». E più avanti (p. 354) dirà del saggio *Dei delitti e delle*

pene che «il maggiore suo credito lo deve alla sua oscurità». L'atteggiamento critico di De Simoni nei confronti di Beccaria è comune a molti tecnici dell'epoca; la più autorevole difesa venne proprio da Feuerbach, che rispondendo ad alcuni critici pedanti e disattenti, aggiungeva: «Beccaria scrive non per la scuola, me per il Mondo». Vedi MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, cit., p. 20. Lo stesso De Simoni però nella sua opera *Del furto e sua pena* riconosce (p. 6 dell'edizione di Milano 1825, con commenti dell'avv. Carozzi) il «molto pregio» del *Dei delitti e delle pene* e rilascia tutt'altro giudizio (p. 4) su Beccaria al quale attribuisce il merito di aver «perorato da valente avvocato la causa dell'umanità contro la superstiziosa prevenzione che ha fatalmente affascinati gl'intelletti de' criminalisti nostri per certe leggi o mal intese e peggio applicate, o stabilite dalla barbarie e dal fanatismo».

[70] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 110 ss. Più avanti, dopo una lunga digressione filosofica sulla natura degli uomini e delle leggi, e dopo aver affermato che scopo di queste è circoscrivere «l'istinto naturale innato dell'amor proprio dentro certi limiti», l'Autore precisa (p. 157): «era mestieri, che le leggi, come istituzioni morali fatte per creare e riformare i costumi civili, non solo misurassero le azioni negli esterni loro effetti e conseguenze, ma ancora, e singolarmente negli interni loro rapporti per far argine in ispecial modo colle pene, che sono le medicine civili, e morali, alla rea volontà eccitata dallo spirito inquieto del corrotto amor proprio».

[71] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 160-161. Altri casi di delitti di mero affetto oltre gli attentati sono quelli «che la loro forma criminosa direttamente ricevono dalla sola volontà, e intenzione rea indipendentemente dalla necessità di alcun reale effetto, e che in questo aspetto vengono dalla Polizia civile puniti». In questa categoria De Simoni fa rientrare (p. 210) i delitti di religione, lo spergiuro, il sacrilegio, il consiglio altrui dato a commettere un misfatto, l'approvazione e partecipazione dell'altrui delitto, il mandato.

[72] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 179-180. Solo ove vi sia certezza di dolo si possono punire gli «attentati», cioè «allor quando il delitto è di tal natura, che non può essere commesso, né per imprudenza, né per trasporto, e che non può essere conseguenza, che di un disegno premeditato come il latrocinio, l'assassinio, il veneficio, e l'omicidio proditorio»: in questi casi «le leggi civili non possono, che prendere per effetto, le stesse semplici intraprese de' delitti di tal natura». Proprio perché è necessario sia l'affetto che l'effetto non sono poi punibili il reato putativo, la desistenza e il recesso attivo, alla cui descrizione De Simoni dedica ampio spazio.

[73] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 227 ss.

[74] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 230 ss. «Quanto poi alla distinzione del *dolo vero presuntivamente provato*, e del *dolo presunto veramente provato*, questo è un pretto gioco vano di parole, che va a finire in uno stesso senso, avvegnacchè il provare presuntivamente non può essere in buona dialettica niente affatto diverso, e differente dal provare veramente la stessa presunzione!».

[75] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 236-239.

[76] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 245 ss.

[77] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 250 ss.

[78] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 255 ss. e in particolare 259 e 261-262.

Quanto alle omissioni, nell'ambito di una ampia trattazione (pp. 276 ss.), De Simoni indica quattro condizioni per la loro punizione: 1) «Che supposto il dovere non sieno mancate le forze, e i mezzi legittimi per agire»; 2) «Che l'uso di questi mezzi non ostasse a qualunque altro dovere indispensabile e anteriore» e non lo esponesse a «un qualche male considerevole, cui non fosse obbligato di esporsi»; 3) «Che l'imputato di omissione si sia ridotto allo stato di impotenza di agire per sua colpa, e malizia»: cioè l'omissione può essere colposa o dolosa; d) «Che l'ignoranza, onde è provenuta l'omissione, o fosse vincibile per se, e nella sua causa, o discendesse da un'antecedente vizio della volontà».

In generale, l'ignoranza e l'errore rappresentano cause di esclusione della «imputabilità» solo quando non sono dovute a «vizio della volontà». Il tema è trattato da De Simoni (pp. 310 ss.) riprendendo testualmente Aristotele e ponendo così il principio: «La ignoranza adunque o dall'intelletto, o dalla volontà deduce la sua causa. Se essa proviene dal difetto dell'intelletto per un antecedente vizio della volontà, è assolutamente imputabile, e se direttamente deriva dalla volontà tanto più è un soggetto legittimo della civile imputazione». Due secoli dopo anche la dottrina tedesca richiamerà gli assunti di Aristotele in tema di ignoranza: cfr. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., Göttingen 1962, pp. 35 ss. e Arth. KAUFMANN, *Die Parallewertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*, München 1982, pp. 4-5

[79] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., p. 274.

[80] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 257-258.

[81] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 269 ss.

[82] Sul tema VEST, *Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts in Bereich des objektiven und subjektiven Tatbestandes*, in ZStW (103), 1991, pp. 590-591. Per JESCHECK – WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin 1996, pp. 146 e 563, con siffatte tecniche si fraintende il principio dell'*in dubio pro reo* e si snatura l'essenza della colpa: contestare all'imputato un fatto colposo quando non si riesce a provare se egli abbia agito con dolo o con colpa, significa andare contro l'esatto significato della colpa come criterio di attribuzione della responsabilità con struttura del tutto diversa rispetto al dolo, e i cui requisiti devono essere provati per intero.

[83] CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, «Traduzione italiana sulla quinta edizione di Pisa» (1833) del Prof. Caruana Dingli, «Prima edizione milanese riveduta e annotata da Filippo Ambrosoli», Milano 1863, pp. 40-41.

Intenzione indiretta positiva – spiega così il pensiero di Carmignani, Ambrosoli in nota – si ha nel seguente caso: «Se uno spara un fucile dalla finestra sulla folla prevede che taluno rimarrà colpito»; *intenzione indiretta negativa* invece «se, stando in camera, getta qualche cosa dalla finestra senza pensare che sotto può passare qualcuno ed esserne colpito». Secondo Ambrosoli, da altri, più semplicemente, il primo è ritenuto un esempio di *dolo indeterminato* e il secondo di *colpa*.

[84] La presenza della colpa come “causa morale” dell’infrazione fa sì che a questa si addica il nome non di delitto ma di *quasi delitto*. La colpa, “infimo” grado dell’intenzione, viene così definita: «*Un abito della volontà, per cui l’agente non fa uso del suo intelletto per conoscere tutti i possibili effetti della sua azione, contrari alla legge*». La sua “natura” – afferma CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, cit., p. 43 – è costituita dalla *negligenza*.

[85] CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, Pisa 1831, pp. 204 ss.,

[86] CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, cit., pp. 48-49 e 73-74. Sul punto GARGANI, *Dolo e colpa in Carmignani tra diritto e processo*, in AA.VV., *Giovanni Carmignani*, cit., pp. 248-249 e 262-263, secondo il quale la dottrina di Carmignani sconta fatalmente la pesante eredità, da un lato del dolo generale e del dolo indiretto, dall’altro del metodo probatorio di tipo inquisitorio. Inoltre ai tempi di Carmignani (ma anche in quelli di Carrara) la colpa sta ancora uscendo da una fase storica in cui a essa non era nemmeno riconosciuta rilevanza penale. Il delitto colposo ha ora un carattere eccezionale, data la modesta temibilità e diffusione delle aggressioni involontarie e la conseguente limitata positivizzazione delle regole cautelari. Un ruolo minore testimoniato anche a livello legislativo dal limitato numero di fattispecie colpose previste dal codice toscano, e, del resto, dallo stesso codice Zanardelli. Cfr. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 846 ss.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I. *La fattispecie*, Padova 1993, pp. 41-42; VINCIGUERRA, *Fonti culturali ed eredità del codice penale toscano*, in *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, Padova 1995, CLXX.

[87] È dettato da preoccupazione garantista anziché repressiva quanto afferma CARRARA (*Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, *Del delitto, della pena*, 6^a ed., 1886, riprodotta, con introduzione di F. Bricola, Bologna 1993, § 80 nt. 1), che cioè quando si sia in dubbio sulla presenza del dolo o della colpa si dovrà ritenere presente questa e non quello, «per il sommo principio che ogni perplessità deve sempre risolversi a favore dell’accusato». La “politica imputabilità” dei fatti colposi ha il medesimo fondamento di quelli dolosi, la presenza cioè di un danno mediato e di uno immediato (§ 126). Vedi DELOGU, «*Vivo e morto*» nell’opera di Francesco Carrara, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano 1991, pp. 100 ss., il quale osserva che se nel campo della colpevolezza dolosa Carrara ha spesso portato avanti e sviluppato punti di vista già presenti nella dottrina, invece a proposito della colpa si è allontanato dalla dottrina dell’epoca e ha anzi anticipato le concezioni oggi dominanti sul modo di essere della colpa.

[88] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 327 ss.

[89] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 329-331.

[90] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 333 e 341.

[91] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 333 e 335.

[92] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 340-341.

[93] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., p. 337.

[94] CARRARA, *Programma. Pt. gen.*, cit., § 67. Su questa disputa di Carrara con De Simoni e Carmignani, già FINZI, *Il “delitto preterintenzionale”*, Torino 1925, pp. 24-25 nt. 1. Anche Carmignani considerando l’intenzione sotto il profilo della sua direzione distingue a seconda della maggiore o minore connessione dei mezzi adoperati dall’agente con il fine proposti: vedi GARGANI, *Dolo e colpa in Carmignani tra diritto e processo*, in AA.VV., *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, Pisa 2003, p. 256.

[95] G.A. DE FRANCESCO, *La concezione del dolo in Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988,, p. 1357.

[96] CARRARA, *Dolo (Sunto di una lezione)*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, 3^a ed., Prato 1878, p. 311. Carrara aggiunge che i mezzi usati possono sì rappresentare un elemento utile ai fini della valutazione di gravità del delitto, ma solo sotto il profilo materiale e non per il profilo soggettivo. «Spesso è anzi riprova di scelleraggine e malizia maggiore lo scegliere dei mezzi che possano assumere l’apparenza dell’infortunio. È un calcolo ulteriore del malvagio, col quale accortamente cambia la minore probabilità dell’evento, con la maggiore probabilità della propria impunità».

[97] CARRARA, *Dolo (Sunto di una lezione)*, cit., p. 312.

[98] Vedi per tutti MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 279.

[99] RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit., pp. 278-279. Sul divieto della prova per indizi, VOLK, *Dolus ex re*, cit., pp. 614-615.

[100] VEST, *Vorsatzbeweis*, cit., pp. 23 ss. e già LÜDERSEN, *Die Strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts*, in *ZStW* (85), 1973, p. 301.

[101] HILLENKAMP, *Beweisnot und materielles Strafrecht*, in R. Wassermann – FS, Neuwied, 1985, p. 867.

[102] HENKEL, *Die „Praesumptio Doli“ im Strafrecht*, in Eb. Schmidt - FS, Göttingen 1961, p. 581, e riguardo alla *praesumptio doli specialis*, pp. 584-585; Afferma VOLK, *Dolus ex re*, cit., p. 618, dopo avere rimarcato il ricco significato contenutistico del dolo agli inizi del XVIII sec.: «Era un compito arduo, quello che il diritto sostanziale assegnava a una disciplina probatoria irrigidita e superata». Una situazione di difficoltà simile, possiamo aggiungere, a quella che si presentava ai commentatori italiani nel XIII secolo per la prova del *dolus malus* romanistico: e infatti le presunzioni di dolo furono la prima tecnica di semplificazione probatoria.

[103] GROLMANN, *Wird dolus bey begangenen Verbrechen vermuthet?*, in *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, 1 Theil 2. Stuck, 1798, pp. 70 ss., citato tra gli altri da VEST, *Vorsatzbeweis*, cit., p. 23.

[104] FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4. Aufl., Giessen 1808, pp. 59-60 (ma il principio era già enunciato nella prima edizione): «Poiché nelle azioni umane, la natura dello spirito umano può permettere la spiegazione più immediata dell'intenzione di una persona, deve ritenersi, perciò, che la produzione di un effetto per mezzo di un'azione volontaria, senza che quell'effetto sia stato scopo della volontà, rappresenti solo una particolare eccezione a una regola generale: così anche un effetto antigiusdittico prodotto attraverso un'azione volontaria deve venire riconosciuto come scopo della volontà, a meno che non si mostrino motivi sufficienti per una eccezione (*Facta laesione praesumitur dolus, donec probatur contrarium*)»..

[105] Eb. SCHMIDT, *Die Carolina*, cit., pp. 261 ss.; altri casi in LÖFFLER, *Schuldformen*, cit., pp. 246 ss.

[106] VEST, *Vorsatzbeweis*, cit., p. 24. La dottrina del tempo ne criticò in primo luogo il fondamento, ritenendola una costruzione avulsa dalla realtà, giacché basata su una premessa falsa (che i fatti dolosi siano la regola); in secondo luogo perché in contraddizione con la presunzione di non colpevolezza, almeno nella forma della *praesumptio boni viri*; infine sul piano della legittimazione storica dato che la presunzione generale è principio estraneo al diritto romano. Vedi HENKEL, *Praesumptio Doli*, cit., nt. 10 p. 582 e poi p. 583, e HRUSCHKA, *Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes*, cit., p. 198.

[107] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., p. 381.

[108] DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, cit., pp. 367 ss. La prova dell'attentato è poi particolarmente ardua (pp. 383-384), dato che «l'effetto ha un reale argomento su cui ragionare, e l'attentato non ha che un immaginario, e morale principio, onde discorrere». Dove vi è un effetto si ha una «certezza fisica di fatto» che conduce a un ragionamento «a posteriori»; nel tentativo tutto è «congettura» e il ragionamento ha una struttura «a priori».

[109] Per la descrizione del processo di formazione di questa «certezza», COGROSSI, *Alberto De Simoni tra Diritto comune e Illuminismo*, cit., pp. 2749 ss.

[110] Sullo scottante problema dell'arbitrio giudiziale nell'opera di De Simoni, COGROSSI, *Alberto De Simoni tra Diritto comune e Illuminismo*, cit., pp. 2742 ss. e 2756 ss.

[111] CARRARA, *Programma*, cit., §§ 1104 e 1108; FINZI, *La intenzione di uccidere. Considerata in relazione ai vari modi coi quali può commettersi un omicidio*, Milano 1954; BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano 1960. Sia consentito infine il rinvio a DEMURO, *Il dolo. II. L'accertamento*, Milano 2010, pp. 435 ss., anche per i riscontri giurisprudenziali odierni.